

Kollektiv dominans etter EF- traktaten artikkel 82

**Konkurranserettslig regulering av parallell atferd i
oligopolmarkeder**

Kandidatnummer: 257

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 16 485 ord

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | <i>Innledning</i> | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstillinger | 1 |
| 1.2 | Opplegget | 2 |
| 1.3 | Rettslig grunnlag | 3 |
| 1.4 | Avgrensning | 5 |
| 2 | <i>Økonomisk teori</i> | 6 |
| 2.1 | Innledning | 6 |
| 2.2 | Parallell eller koordinert atferd - begrepsavklaring | 7 |
| 2.3 | Teorien om oligopolistenes innbyrdes avhengighet | 8 |
| 2.4 | Koordinerte virkninger | 9 |
| 3 | <i>Koordinerte oligopol - vilkår for kollektiv dominans i EF- artikkel 82</i> | 11 |
| 3.1 | Innledning | 11 |
| 3.2 | Kort om etableringen av læren om kollektiv dominans | 11 |
| 3.3 | Kravet om økonomiske bånd | 13 |
| 3.4 | Tilnærming til oligopolteorien om koordinerte virkninger | 17 |
| 3.5 | Vilkåret om parallell markedsatferd | 24 |
| 3.6 | Forutsetningene for koordinerte virkninger | 27 |
| 3.6.1 | Kravet til markedstransparens | 27 |
| 3.6.2 | Kravet til en intern straffetrussel | 27 |
| 3.6.3 | Betydningen av intern konkurranse mellom oligopolistene | 29 |
| 3.6.4 | Motstående konkurransepress | 31 |
| 3.7 | Markedsøkonomisk analyse- nærmere om de konkrete markedene | 33 |
| 3.7.1 | Innledning | 33 |
| 3.7.2 | Betydningen av avtaler, beslutninger og samordnet opptreden | 34 |
| 3.7.3 | Forhold på tilbudssiden | 35 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.7.3.1 | Markedets konsentrasjon og markedsandeler | 35 |
| 3.7.3.2 | Markedets gjennomsiktighet | 38 |
| 3.7.3.3 | Strukturelle likheter | 38 |
| 3.7.3.4 | Produkthomogenitet og innovasjon | 39 |
| 3.7.3.5 | Strukturelle forbindelser | 40 |
| 3.7.3.6 | Markedsvekst | 40 |
| 3.7.4 | Forhold på etterspørselssiden | 41 |
| 3.7.4.1 | Svingninger i etterspørselen og etterspørselsselastisitet | 41 |
| 3.7.4.2 | Kjøpermakt og kundeinnflytelse | 41 |
| 3.7.5 | Faktisk og potensiell konkurranse | 42 |
| 3.7.6 | Avveining av faktorene | 43 |
| 4 | Misbruk av kollektiv dominans | 44 |
| 4.1 | Innledning | 44 |
| 4.2 | Dominerende foretaks særlige ansvar | 45 |
| 4.3 | Utnyttende misbruk | 47 |
| 4.4 | Ekskluderende misbruk | 50 |
| 4.5 | Gjengjeldelsesmisbruk | 53 |
| 4.6 | Individuelt misbruk av kollektiv dominans | 54 |
| 5 | Avsluttende betraktninger | 56 |
| 6 | Kilder | 59 |
| 6.1 | Litteratur: | 59 |
| 6.2 | Traktater og forordninger: | 61 |
| 6.3 | EF-domstolen: | 61 |
| 6.4 | Førsteinstansretten: | 63 |
| 6.5 | Kommisjonen: | 63 |
| 6.6 | Andre dokumenter: | 64 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

EF- traktaten¹ artikkel 82 forbyr ”et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling”. Ordlyden viser at bestemmelsen ikke bare kan anvendes ovenfor en individuelt dominerende aktør, men også hvor flere foretak *i sammen* har en dominerende stilling til skade for den effektive konkurranse. Dette vil særlig være aktuelt i oligopolmarkeder.

Et kontroversielt spørsmål i EFs- konkurranserett har vært om alternativet ”flere foretak” kan anvendes i tilfeller det verken finnes en enkelt dominerende tilbyder eller samordnet opptreden i strid med artikkel 81(1). Denne oppgaven vil omhandle de konkurransemessige problemene i relasjon til oligopolistiske markedsstrukturer, og hvordan disse kan håndteres under artikkel 82.

Et oligopol er et konsentrert marked, med få jevnbyrdige aktører som hver for seg kontrollerer en betydelig markedsandel, uten at noen av dem besitter markedsrett alene. Oligopolistenes markedsandeler er imidlertid av en slik størrelse at en aktørs atferd vil påvirke markedsvilkårene, og derigjennom de øvriges konkurranseforhold.² Aktørene i et oligopol er derfor innbyrdes avhengige.³

Som følge av markedsstrukturen og den innbyrdes avhengighet kan tilbyderne i oligopolmarkeder undertiden etablere en konkurransebegrensende parallell atferd som ligger i grenselandet mellom samordnet praksis og unilateral (ensidig) opptreden. I følge

¹ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske fællesskab (EF), Roma 25. mars 1957, inkludert senere endringer.

² Richard Whish, Competition Law, fifth edition, London 2004, s 505, Stroux, ”Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?” (2000) 23 (1) World Competition 3, s 3

³ Whish, s 507 og nedenfor, avsnitt 2.3

økonomisk teori⁴ medfører strukturen i et oligopolmarked at aktørene i fellesskap kan etablere markedsrett, *uten* at det foreligger noen form for ulovlig samarbeid mellom dem.⁵ Oligopolistene kan derfor i fravær av avtale eller annen uttrykkelig kommunikasjon, oppnå monopollignende fordeler.⁶

Siden Førsteinstansrettens avgjørelse i *SIV*⁷ (*Italian Flat Glass*) fra 1992 har oligopolistiske markedsstrukturer blitt kontrollert under artikkel 82 med henvisning til læren om kollektiv dominans. Uttrykket ”kollektiv dominans”⁸ betegner altså en situasjon der to eller flere økonomisk uavhengige foretak i fellesskap innehar en dominerende stilling.⁹ Oppgaven skal ta for seg utviklingen av læren om kollektiv dominans.

1.2 Opplegget

Bedømmelsen av om flere foretak har misbruk sin kollektivt dominerende stilling i strid med artikkel 82, beror på en treleddet vurdering.¹⁰ I saker om kollektiv dominans, har EF-domstolen fastslått at det ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt det foreligger en dominerende stilling, med mindre foretakene utgjør en ”collective entity”.¹¹ En kollektiv stilling er karakterisert ved at konkurransen mellom oligopolistene er begrenset.¹² Læren om kollektiv dominans reiser følgelig spørsmålet, om hvilke materielle vilkår som må være oppfylt i det innbyrdes forholdet mellom oligopolmedlemmene. Dette forutsetter en detaljert analyse av det interne konkurranseforholdet mellom dem. Jeg redegjør for de

⁴ Jfr., avsnitt 2

⁵ Whish, s 505 og Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, text, cases and materials*, 2004, s 818

⁶ Jones and Sufrin, s 771 og Whish s, 507

⁷ T-68/89 *ect Società Italiano Vetro SpA mot Kommisjonen (Flat Glass)* [1992] ECR II-1403

⁸ I praksis og teori anvendes uttrykkene ”kollektiv dominans”, ”felles dominans” og ”oligopolistisk dominans” synonymt, jfr. Whish, s 518, note 66. Se også Generaladvokat Fennellys meddelelse i sak C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports (CMBT)* [2000] ECR I-1365, hvor han påpekte at han ikke så noen nevneverdig forskjell på disse begrepene.

⁹ Jfr., *Italian Flat Glass*, avsnitt 358

¹⁰ Dette følger av *CMBT*, avsnitt 39

¹¹ *CMBT*, avsnitt 39

¹² Jfr., bla. sak C-96/94 *Centro Servizi Spediporto Srl mot Spedizioni Marittima del Golfo Srl* [1995], ECR I-2883, avsnitt 34

materielle vilkårene i avsnitt 3.3-3.5. Vilkårene må vurderes på bakgrunn av en konkret markedsanalyse. Markedsomstendighetene i den enkelte sak kan øke eller avkrefte muligheten til å bedømme oligopolistene som en enhet. I avsnitt 3.7 ser jeg nærmere på de viktigste faktorene i denne sammenheng.

Bedømmelsen av om den kollektive enheten er dominerende på markedet, reiser i hovedsak de samme spørsmålene som ved individuell dominans. I det følgende går jeg ikke nærmere inn på analysen av foretakenes markedsrett.¹³

Artikkel 82 forbyr ikke kollektiv dominans, men misbruk av en slik stilling. Jeg drøfter ikke misbrukskriteriet i sin alminnelighet,¹⁴ men i avsnitt 4 vurderer jeg de særlige spørsmål dette vilkåret reiser i tilknytning til kollektiv dominans.

.

1.3 Rettslig grunnlag

Avhandlingens tema er fellesskapsrettslig, og EF- domstolens metodelære ligger til grunn for oppgaven. Domstolens tolkningsstil er teleologisk, slik at EF- traktatens formål tillegges betydelig vekt ved rettsanvendelsen. I vår sammenheng er integrasjonshensynet,¹⁵ herunder hensynet til å sikre at konkurransen ikke vris på fellesmarkedet,¹⁶ spesielt viktig. Jeg går ikke nærmere inn på metodelæren i sin alminnelighet.¹⁷

Læren om kollektiv dominans under artikkel 82 er utviklet i rettspraksis.¹⁸ Avgjørelser fra fellesskapsorganene i tilknytning til konseptet er derfor avgjørende for å besvare oppgavens

¹³ Det redegjøres inngående for relevante momenter i denne vurderingen i bla. Jones and Sufrin, kap. 6, s 297-369

¹⁴ Dette bahandles av Whish, kap. 5, s 194-208 og Jones and Sufrin kap. 7, s 371-530.

¹⁵ Hensynet ivaretar fellesskapets målsetning om å etablere et integrert marked, gjennom økonomisk utvikling og felles konkurransevilkår for næringslivet. Hensynene er nedfelt i EF- art. 2 og 3 (1) litra (a), (c), og (g). Jones and Sufrin påpeker på s 91 at art. 3(1) (g) er avgjørende ved tolkningen av traktatens konkurranseregler.

¹⁶ EF- artikkel 3 (g).

¹⁷ Særtrekk ved tolkningslæren er oppsummert av EF- domstolen selv i sak 283/81, *CILFIT mot Ministero della Sanita*, [1982] ECR I-3415, avsnitt 18-20.

¹⁸ Whish, s 518-519

hovedproblemstilling. I tillegg til dommer avsagt i forhold til artikkel 82 bruker jeg i oppgaven også avgjørelser avsagt under Fusjonsforordningen.¹⁹ Forordningen refererer ikke uttrykkelig til kollektiv dominans, eller til at en dominerende stilling kan innehas av ”et eller flere foretak”. Rettspraksis har slått fast at fusjonsforordningen kan anvendes på tilfeller av kollektiv dominans,²⁰ og til tross for at EF- domstolen ikke uttrykkelig har uttalt det, synes det klart at innholdet i konseptet fremstår som sammenfallende med praksis under artikkel 82.²¹ Dette følger av organenes stadige kryssreferanser til saker under fusjonsforordningen ved anvendelsen av artikkel 82 og omvendt.²²

Det er imidlertid viktig å presisere forskjellene mellom ovennevnte regelsett. Forordningens formål er å forhindre at en konkurransebegrensende markedsstruktur skapes eller styrkes.²³ Oligopolmarkeder underlegges dermed strukturkontroll, og analysen under forordningen forutsetter en fremtidsrettet markedsanalyse,²⁴ i motsetning til artikkel 82 som rammer utført misbruk av eksisterende markedsdominans. Artikkel 82 behandler derfor kollektiv dominans som et atferdproblem.²⁵ Atferdskontrollen innrettes på en måte som skal hindre at markedsaktørene unngår intern konkurranse. En regulering av markedsstrukturen kan være et mer effektivt konkurranserettslig virkemiddel enn en atferdsregulering, da en strukturregulering vil kunne rettes direkte mot de underliggende årsakene til at konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende.²⁶ Det er nemlig problematisk å forby en bestemt opptreden, dersom denne er en naturlig følge av markedsstrukturen. I det følgende går jeg ikke nærmere inn på forholdet til fusjonsforordningen.

¹⁹ Rådets forordning (EØF) No 4064/89 af 21. desember 1989 ”om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser.”

²⁰ Se f. eks sak T-102/96 *Gencor mot Kommisjonen* [1999] ECR II-753, som var den første avgjørelsen der Kommisjonen forbød en fusjon på grunnlag av kollektiv dominans.

²¹ Whish, s 531

²² Dette påpekes av Jones and Sufrin på s 836, og det fremgår av avsnitt 3.

²³ Fusjonsforordningen, art. 2 (3)

²⁴ C- 68/94 og 30/95 *Frankrike mot Kommisjonen* [1998] ECR I-1375, avsnitt 221

²⁵ John Temple Lang, ”Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law” [2002] Fordham Corporate Law Institute, kap. 12, s 273

²⁶ Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett 2. utg., Oslo 2004, s 568

1.4 Avgrensning

Det foreligger flere berøringspunkter mellom artikkel 82 og artikkel 81(1). EF- domstolen har understreket at ordlyden i bestemmelsene ikke er til hinder for at den samme konkurransebegrensende atferden kan utgjøre et brudd på begge reglene.²⁷ Oppgaven avgrenses mot samordnet opptreden i artikkel 81(1). Det er en nedre grense for når det kan sies å foreligge en samordnet praksis. Minstevilkåret er at det kan påvises kontakt mellom de berørte foretakene, som legger til rette for en felles forståelse om å erstatte konkurransen med et praktisk samarbeid.²⁸ Parallell markedsatferd som utelukkende skyldes en oligopolistisk markedsstruktur, kan derfor ikke identifiseres som en samordnet opptreden, selv om disse atferdsformene har samme økonomiske virkninger.²⁹ Det kan imidlertid være vanskelig å trekke grensen mellom parallell atferd og atferd som rammes av artikkel 81(1). I følge rettspraksis kan en parallell atferd ikke benyttes som bevis på en samordnet opptreden, med mindre dette er den eneste rimelige forklaringen på foretakenes atferd.³⁰ Spørsmålet om betydningen av samarbeidsformene omtalt i artikkel 81(1) i forhold til etableringen av kollektiv dominans drøftes i avsnitt 3.7.2. For øvrig går jeg ikke nærmere inn på grensedragningen mellom artikkel 82 og 81.

Som følge av oppgavens hovedproblemstilling avgrenses fremstillingen mot de øvrige vilkårene i artikkel 82. I det følgende forutsetter jeg derfor at kravet til utstrekning på fellesmarkedet³¹ og samhandelskriteriet er oppfylt. I tillegg relaterer markedspekt seg nødvendigvis til ett eller flere markeder som i det videre forutsettes definert.³²

²⁷ *CMBT*, avsnitt 33

²⁸ Sejersted mfl., s 476 med henvisning til EF- domstolens uttalelser i sak 48/69 *ICI mot Kommisjonen* [1972] ECR 619, avsnitt 64 og 40/73 *ect. Suiker Unie mot Kommisjonen* [1975] ECR 1663, avsnitt 174

²⁹ EF- domstolen inntok dette standpunktet i sak 48/69 *Dyestuffs* [1972] ECR 619, avsnitt 65, 66 og 68

³⁰ Se f. eks Sak C 89/85 *ect A Ahlstrom Oy v Commission (Wood Pulp)* [1993] ECR I-1307, avsnitt 71-72

³¹ Innholdet i kravet til at dominansen må foreligge innenfor en "vesentlig del" av fellesmarkedet er drøftet av EF- domstolen i *Suiker Unie mot Kommisjonen*.

³² For definisjonen av det relevante marked, se f. eks Jones and Sufrin kap. 1, s 48-69

EF- traktaten artikkel 82 tilsvarer EØS- avtalen³³ artikkel 54. EØS reglene skal tolkes på samme måte i hele EØS- området og ensartet med den underliggende EF- retten.³⁴ Videre er den norske Konkurranseloven³⁵ en harmonisering³⁶ til EFs konkurranseregler slik at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av markedsrett i lovens § 11, innholdsmessig er sammenfallende med artikkel 82. En redegjørelse for EF- domstolens tolkning av artikkel 82 vil derfor ha relevans for tolkningen av EØS- avtalen og Konkurranseloven.

2 Økonomisk teori

2.1 Innledning

Reglene om kollektiv dominans i EFs - konkurranserett er basert på den økonomiske teoris analyser³⁷ som tilsier at få, jevnbyrdige tilbydere i et sterkt konsentrert marked, kan oppnå felles profittmaksimering gjennom parallell atferd. God forståelse av konkurransereglene forutsetter følgelig innsikt i de bakenforliggende økonomiske betraktningene.³⁸ Formålet med oppgaven er å analysere konkurransereglene, nærmere bestemt forbudet i EF- artikkel 82. Økonomisk teori forklarer imidlertid hvorfor det er behov for å kontrollere visse

³³ Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen).

³⁴ Jfr., EØS-avtalen art. 6

³⁵ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

³⁶ Ot.prp. Nr 6 (2003-2004), s 68

³⁷ Analysen av det strategiske samspillet mellom foretak, er basert på den økonomiske ”spillteorien”. Denne behandles nærmere av S.Bishop and M. Walker ”The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement (2nd edn., Sweet & Maxwell, 2002) 2.29-30.

³⁸ Dette er fordi konkurranserett handler om økonomi og økonomisk atferd, Whish, s 1

oligopoler.³⁹ I dette avsnittet skal jeg i korthet skissere det som kan benevnes ”oligopolproblemet”,⁴⁰ og virkningene dette kan få på konkurransen.

Til tross for at konkurransereglene er influert av økonomisk teori, kan det ikke settes likhetstegn mellom disse fagområdene i kontrollen med oligopolmarkeder. Et oligopol er ikke ensbetydende med kollektiv dominans, og kollektiv dominans er et rettslig begrep som er fraværende i økonomisk teori.

2.2 Parallell eller koordinert atferd - begrepsavklaring

Et sentralt anliggende i denne oppgaven er oligopolistenes mulighet til å etablere en konkurransebegrensede parallell atferd, uten og inngå avtale eller samordne sin opptreden i artikkel 81(1)s forstand. Aktørene i et oligopol kan gjennom ren parallell atferd, oppnå fordeler på bekostning av konkurrenter, kunder og forbrukere. Fenomenet beskrives av økonomer som ”tacit collusion”.⁴¹ Økonomisk teori har ikke interesse for om atferden er skjult eller kommer eksplisitt til uttrykk, men konsentrerer seg om virkningene på konkurransen.⁴² Jurister er imidlertid mindre komfortable med dette uttrykket, fordi det rettslig sett assosieres med atferd som rammes av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet praksis i artikkel 81(1). Whish påpeker at ”collusion” kan assosieres med aktiv konspiratorisk atferd, og henspeiler på noe som må etterforskes under artikkel 81(1).⁴³ I konkurranserettslig teori omskrives parallell atferd ofte som ”tacit coordination” eller ”conscious parallelism”. Uttrykkene eliminerer det negativt ladde ordet ”collusion”, samtidig som de assosieres med en parallell atferd som er fordelaktig for de kollektivt

³⁹ Briones Alonso Juan F. ”Economic Assessment of Oligopolies under the Community Merger control Regulation” (1993) 3 ECLR, s 118 og Monica Andersson ”Collective dominance under the EC Merger Regulation”. Publications by the Institute for European Law at Stockholm University, nr. 49, 2000, s 6

⁴⁰ Oligopolteorien behandles mer inngående av bla. Whish, s 506 og s 513, samt Ivaldi mfl., ”The economics of tacit collusion”, Report for DG Competition, European Commission, (mars 2003) (IDEI) Tourlouse.

⁴¹ Whish, s 508

⁴² Whish, s 508

⁴³ Whish, s 508

dominante foretakene og ufordelaktig for kunder og forbrukere.⁴⁴ I det følgende benytter jeg begrepene parallell eller koordinert atferd om disse tilfellene.

Økonomene skiller derfor ikke mellom samordnet opptreden og parallell atferd, hvor aktørene ikke har vært i kontakt med hverandre. Rettslig sett er imidlertid dette skillet viktig, fordi en parallell atferd som nevnt ikke *i seg selv* kan betraktes som en samordnet opptreden.⁴⁵

2.3 Teorien om oligopolistenes innbyrdes avhengighet

I motsetning til tilbyderne i et fullkomment konkurransemarked, har oligopolistene en viss innflytelse på markedsprisen.⁴⁶ Til forskjell fra et monopol består oligopolmarkedet av aktører som er innbyrdes avhengige. Denne gjensidige avhengigheten er fundamental for forståelsen av oligopolets funksjonsmåte. Avhengigheten består i at en tilbyders atferd vil påvirke markedsvilkårene merkbart, og dermed også de øvrige oligopolmedlemmenes konkurranseposisjon.⁴⁷ Tilbyderne er klar over denne gjensidige avhengigheten, og ved planleggingen av sin markedsstrategi, tar de i betraktning de øvrige oligopolistenes faktiske og forventende markedsatferd. Avhengigheten kan illustreres med to eksempler:⁴⁸ Dersom et marked består av to store tilbydere A og B, og A beslutter å redusere prisen for og øke sin markedsandel, vil dette foranledige en tilsvarende reaksjon fra B. Priskuttet øker As salg på Bs bekostning, og sistnevnte blir tvunget til å redusere prisen for ikke og tape markedsandeler. Resultatet er at begge taper på prisreduksjonen, fordi markedsandelene er uendret. Dersom A i stedet begrenser produksjonen og øker prisen, med formål om profittmaksimering, vil kundene vende seg til B som vinner markedsandeler på As bekostning. A må følgelig redusere prisen til det opprinnelige nivået for å gjenvinne kundene.

⁴⁴ Whish, s 508-509

⁴⁵ Se også avsnitt, 1.4

⁴⁶ Briones (1993), s 118

⁴⁷ Whish, s 507

⁴⁸ Jones and Sufrin, s 738 og Whish, s 507

Eksemplene illustrerer at et oligopolmedlem ikke kan endre sin atferd uten å påvirke de øvrige tilbyderne i markedet. Når tilbyderne innser at forsøk på profittøkning virker til egen skade, skapes et miljø som er mer opptatt av stabilitet enn intern konkurranse.

Konsekvensen er at priskonkurransen mellom dem er minimal eller ikke-eksisterende.⁴⁹

Innvendingen mot et oligopol er følgelig at markedsstrukturen undertiden gir oligopolistene få insitamenter til konkurrere seg i mellom. Oligopolmarkedet kan derfor medføre ineffektiv allokeringseffektivitet.⁵⁰

2.4 Koordinerte virkninger

Priskonkurransen i oligopolmarkeder kan være effektiv til tross for at det eksisterer få aktører. Omvendt kan konkurransemekanismen være fraværende i markeder med mange tilbydere.⁵¹ Et oligopolmarked er derfor ikke et problem i seg selv. Siden tilbyderne kan føre alt fra en tilnærmet fullkommen konkurranse til monopollignende atferd, er det umulig å generalisere oligopolets innvirkning på ressursallokering og forbrukervelferd.⁵²

Problemet oppstår dersom oligopolmedlemmene kan oppnå markedsrett gjennom å føre en ensartet markedsrett, med tilsvarende innvirkning på ressursallokering og forbrukervelferd som et monopol.⁵³ Dette er tilfellet dersom aktørene, gjennom erkjennelsen av sin gjensidige avhengighet, blir klar over at de kan oppnå større fortjeneste ved å koordinere sin atferd enn gjennom intern konkurranse.⁵⁴ Det vil følgelig være fordelaktig å unngå konkurranse og satse på en felles profittmaksimering. Dersom tilbyderne i det ovennevnte eksempelet øker prisen vil begge oppnå høyere profitt, enn om

⁴⁹ Whish, s 507

⁵⁰ Jones and Sufrin, s 785

⁵¹ Temple Lang, s 272 og Whish, s 506

⁵² Heiko Haupt, "Collective dominance under Article 82 E.C and E.C Merger Control in the light of the Airtours judgement". (2002) 9 ECLR, s 435

⁵³ Whish, s 507

⁵⁴ Whish, s 507

de konkurrerer internt. Slik koordinert eller parallell atferd kan som nevnt utelukkende være et resultat av at oligopolistene tilpasser seg markedsforholdene på en rasjonell måte.⁵⁵

Tilbyderne i et oligopol vil ikke alltid finne det hensiktsmessig å erstatte intern konkurranse med parallell atferd. Koordinerte virkninger beror på en rekke markedsfaktorer som påvirker oligopolistenes insitamenter til å innføre en parallell markedsatferd.

Et oligopolmarked kan betegnes som tett eller spredt, beroende på styrken av den gjensidige avhengighet. Sannsynligheten for at markedets økonomiske virkninger vil være monopollignende, øker dersom avhengigheten er sterk.⁵⁶ Økonomisk teori fremhever enkelte markedskarakteristikker som styrker avhengighetsforholdet, og følgelig fremmer parallell atferd. Disse inkluderer blant annet konsentrasjonsnivået i markedet, at markedet er transparent og modent med hensyn til forskning og utvikling, høye etableringsbarrierer, lav etterspørselsvekst og produkthomogenitet.⁵⁷ Whish påpeker at parallell atferd forutsetter at oligopolistene innfører en felles markedsstrategi, typisk ved å innføre identiske priser.⁵⁸ Dersom en slik koordinering skal være lønnsom, må ingen av aktørene avvike fra strategien. Dette forutsetter en viss grad av markedstransparens, slik at hver enkelt oligopolist kan overvåke de øvriges markedsatferd å oppdage eventuelle avvik. Opprettholdelsen av en varig parallellitet krever videre en straffemekanisme, som hindrer aktørene i å fravike koordineringen.⁵⁹

Teorien om oligopolistenes innbyrdes avhengighet⁶⁰ viser at konkurransen ikke alltid virker tilfredsstillende på oligopolmarkeder. Den gir imidlertid ingen løsning på hvordan problemene skal behandles.⁶¹

⁵⁵ Stroux, s 5 og Whish, s 507

⁵⁶ Andersson, s 11

⁵⁷ Se bla., Temple Lang, s 319-321 som redegjør for disse faktorene i et økonomisk perspektiv.

⁵⁸ Whish, s 509

⁵⁹ Whish, s 509 og Jones and Sufrin, s 784

⁶⁰ Teorien har blitt utsatt for kritikk. Se f. eks Whish, s 510, som bla. hevder at oligopolteorien presenterer et overforenklet bilde av markedsstrukturen, og at det er vanskelig å gi en teoretisk forklaring på funksjonen av oligopolmarkeder fordi de skiller seg sterkt fra hverandre hva angår markedsvilkårene.

⁶¹ Whish, s 512-513 skisserer mulige måter å kontrollere konkurransebegrensende oligopolmarkeder på, eksempelvis ved å forhindre slike markedsstrukturer gjennom strukturkontroll, eller ved og forby

3 Koordinerte oligopol - vilkår for kollektiv dominans i EF- artikkel 82

3.1 Innledning

En kollektiv stilling er i følge EF- domstolen ”kendetegnet ved, at der ikke er et indbyrdes konkurrenceforhold” mellom oligopolmedlemmene.⁶² For at flere foretak skal bedømmes samlet i relasjon til dominansvurderingen må derfor konkurransen mellom dem være begrenset. I praksis er det dette spørsmålet som skaper størst problemer i saker om kollektiv dominans. Problemstillingen i det følgende er hvilke omstendigheter som medfører en intern konkurransebegrensning, herunder om økonomenes teori om koordinerte virkninger er tilstrekkelig.

I *Italian Flat Glass* la Førsteinstansretten til grunn EF- domstolens definisjon av individuell dominans.⁶³ I saker om kollektiv dominans er det derfor avgjørende om foretakene *til sammen* kan opptre i en vesentlig grad uavhengig av de øvrige markedsaktørene.⁶⁴ Kollektiv dominans forutsetter dermed at konkurransen fra øvrige markedsaktører er begrenset. Betydningen av motstående konkurransepress er imidlertid også avgjørende for bedømmelsen av foretakenes *kollektive stilling*.⁶⁵ Når man har fastslått oligopolistene utgjør en enhet, har man derfor også tatt stilling til graden av motstående konkurranse.

3.2 Kort om etableringen av læren om kollektiv dominans

Læren om kollektiv dominans er utviklet av EF- domstolen på grunnlag av ordlyden i artikkel 82.⁶⁶ I utgangspunktet var EF- domstolen motvillig til å kontrollere oligopoler med hjemmel i denne bestemmelsen. Den aksepterte derfor ikke at artikkel 82 kunne anvendes ovenfor flere enn ett foretak.⁶⁷ Flere selskaper som utgjorde en samlet økonomisk enhet, for

konkurransebegrensende atferd fra oligopolistene med hjemmel i artikkel 81 (1) og 82. Et tredje alternativ er direkte prisregulering i oligopolistiske bransjer, slik at de holdes på et rimelig nivå.

⁶² *Spediporto*, avsnitt 34

⁶³ Se sak 27/76 *United Brands mot Kommisjonen* [1978] ECR 207, avsnitt 65

⁶⁴ *Italian Flat Glass*, avsnitt 358. Denne vurderingen faller utenfor oppgaven jfr., avsnitt 1.2

⁶⁵ Jfr., avsnitt 3.6.4

⁶⁶ Whish, s 519

⁶⁷ Se Mark Jephcott og Chris Withers, “Where to go now for EC Oligopoly Control”, ECLR 8 2001, s 297

eksempel mor - og datterselskap, ble imidlertid rammet av artikkel 82.⁶⁸ Whish hevder henvisningen til ”et eller flere foretak” gjør det klart at bestemmelsen kan anvendes ovenfor rettslige selvstendige foretak innenfor samme økonomiske enhet.⁶⁹

Synspunktet om at rettslig og økonomisk uavhengige foretak i felleskap kan ha en dominerende stilling, slik at artikkel 82 rammer misbruk av kollektiv markedsrett, ble avvist av EF- domstolen i *Hoffmann La- Roche mot Kommisjonen*.⁷⁰ Her hevder Domstolen tilsynelatende at atferd mellom økonomisk uavhengige foretak ikke rammes av artikkel 82:

*“A dominant position must also be distinguished from parallel courses of conduct which are peculiar to oligopolies in that in an oligopoly the courses of conduct interact, whilst in the case of an undertaking occupying a dominant position which derives profit from that position is to a great extent determined unilaterally.”*⁷¹

Denne tolkningen av artikkelen kan enkelt forsvares; oligopolmedlemmer som inngår avtaler om felles markedsstrategi eller samordner sin opptreden, rammes av artikkel 81(1). Whish tror EF- domstolen var av den oppfatning, at dersom det ikke kunne påvises et uttrykkelig samarbeid i strid med artikkel 81(1), så var den ikke forberedt på å anse økonomenes beskrivelse av koordinert atferd som uforenlig med forbudet mot dominerende stilling i artikkel 82.⁷²

Den ovennevnte tolkningen av uttrykket ”et eller flere foretak” sto imidlertid i strid med EF- domstolens forståelse av foretaksbegrepet i tilknytning til artikkel 81.⁷³ I *Italian Flat Glass*⁷⁴ sa Førsteinstansretten at begrepet ”foretak” har samme betydning i artikkel 81 og 82,⁷⁵ med den konsekvens at artikkel 82 kommer til anvendelse der markedsdominans

⁶⁸ Se f. eks sak 6/72 *Europemballage Corpn and Continental Can Co Inc mot Kommisjonen* [1973] ECR 215

⁶⁹ Whish, s 520

⁷⁰ 85/76 *Hoffmann La - Roche mot Kommisjonen* [1979]

⁷¹ *Hoffmann- La Roche*, avsnitt 39

⁷² Whish, s 521

⁷³ EF- domstolen har fastslått at begrepet ”foretak”, omfatter enhver enhet engasjert i økonomisk aktivitet, uavhengig av dens rettslige status og finansieringsmåte. Jfr., f. eks. C-41/90 [1991] *Hofner og Elser mot Macrotron GmbH*, ECR I-1979, avsnitt 21

⁷⁴ T- 68, 77 og 78/89, *Societa Italiana Vetro SpA mot Kommisjonen (Flat Glass)* [1992] ECR II-1403

⁷⁵ *Italian Flat Glass*, s 358

innehas kollektivt mellom flere økonomisk uavhengige foretak. I *Italian Flat Glass* åpnet dermed Retten muligheten for en lære om kollektiv dominans i relasjon til artikkel 82. Til tross for at EF- domstolen formodentlig avviste av en slik lære i *Hoffmann- La Roche*, har den i senere praksis stadfestet Førsteinstansrettens standpunkt i dette henseende.⁷⁶

3.3 Kravet om økonomiske bånd

I *Italian Flat Glass* konkluderte Kommisjonen med at tre italienske produsenter av støpt glass hadde handlet i strid med artikkel 81(1) og 82. Førsteinstansretten omgjorde avgjørelsen vedrørende bruddet på artikkel 82, fordi Kommisjonen hadde støttet seg til det samme faktiske grunnlag som ved avgjørelsen av at artikkel 81(1) var overtrådt.⁷⁷ I avsnitt 358 fastslo imidlertid Retten at EF- artikkel 82 i prinsippet kan anvendes på tilfeller av kollektiv dominans:

"There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis à vis the other operators on the same market."

Spørsmålet er om dette avsnittet klargjør hvilke vilkår som må være oppfylt for at flere foretak i sammen skal ha en dominerende stilling. En kollektiv stilling forutsetter i følge Retten, eksistensen av *økonomiske bånd* mellom oligopolmedlemmene. Retten definerte imidlertid ikke uttrykket "economic links", verken hva det gjaldt relasjonenes art eller funksjon.

Videre kan det spørres om Førsteinstansretten mente at tilstedeværelsen av økonomiske bånd er et absolutt vilkår for kollektiv dominans. Retten ga *eksempler på økonomiske bånd* som "agreements or licences", og påpekte at slike forbindelser gir foretakene et teknologisk fortrinn, som muliggjør en opptreden uavhengig av de øvrige markedsaktørene.⁷⁸ Retten

⁷⁶ F. eks *CMBT*, avsnitt 36

⁷⁷ Whish, s 522 påpeker at Kommisjonen ikke hadde anledning til dette fordi et brudd på henholdsvis artikkel 81 og artikkel 82 prinsipielt er uavhengig av hverandre. For å konstatere brudd på artikkel 82 forutsettes følgelig en selvstendig økonomisk analyse.

⁷⁸ *Italian Flat Glass*, avsnitt 358

drøftet ikke om det utelukkende er avtaler eller lisenser som kan etablere økonomiske relasjoner mellom foretakene. På den annen side fremstår ikke uttalelsen som en uttømmende angivelse av hva økonomiske forbindelser kunne bestå i.

Etter min mening virker det som om Retten ved anvendelsen av læren om kollektiv dominans, i utgangpunktet siktet til tilfeller hvor selvstendige foretak var knyttet sammen på grunnlag av kontraktmessige relasjoner. Formålet eller virkningen med avtalene var følgelig å begrense den interne konkurransen dem i mellom. De nevnte eksemplene indikerer at strukturelle relasjoner mellom foretakene i artikkel 81(1)s forstand oppfyller kravet til en økonomisk forbindelse. Disse kan eksempelvis bestå i distribusjonsavtaler, felles styrerepresentasjon, tekniske lisenser, delt infrastruktur eller et felles eid foretak.

Whish stiller spørsmålet om Rettens henvisning til "economic link" innebærer at markedsstrukturen *i seg selv* kan utgjøre en tilstrekkelig forbindelse for kollektiv dominans, dersom denne gir foretakene anledning til å koordinere sin markedsatferd.⁷⁹ Henvisningen til kontraktmessige eller mer håndfaste bånd talte imot dette synspunktet. Innfortolkningen medfører at Retten ikke åpnet for kollektiv dominans under artikkel 82 med, mindre det forelå noe mer enn et oligopolistisk avhengighetsforhold mellom foretakene.⁸⁰

På den annen side fremstår det som uklart om Retten *utelukker* muligheten for at parallell atferd kan etablere kollektiv dominans. Isolert sett kan vilkåret til "economic links" tale for en vid tolkning av læren om kollektiv dominans. Slike forbindelser kan oppstå som et resultat av at markedsomstendighetene gir oligopolistene insitamenter til å koordinere sin markedsatferd.⁸¹ Avgjørelsen i *Italian Flat Glass* gir allikevel ikke en klar løsning på hva Retten egentlig mente med "economic links".

Avtaler mellom foretak rammes av artikkel 81(1), og spørsmålet om i hvilke praktiske tilfeller læren om kollektiv dominans kommer til anvendelse, ble ikke besvart. Det er ikke enkelt å se nytteverdien av henvisningen til kollektiv dominans, siden Kommisjonen i den konkrete saken i prinsippet kunne anvendt artikkel 81(1). Jones og Sufrin mener derfor det er usannsynlig at Retten begrenset vilkåret om økonomiske bånd til situasjoner hvor det

⁷⁹ Whish, s 522

⁸⁰ Jones and Sufrin, s 829

⁸¹ Jones and Sufrin, s 828-829

foreligger kontraktsmessige relasjoner mellom foretakene.⁸² Læren om kollektiv dominans kan være praktisk dersom en samordning av ulike grunner ikke blir rammet av forbudet i artikkel 81(1), eller er fritatt under artikkel 81(3).

I den konkrete avgjørelsen mente Kommisjonen at glassprodusentene var kollektivt dominante da de som følge av avtaleforbindelsene dem i mellom ”opptræder på markedet som en enhed”.⁸³ Kommisjonen påpekte i denne sammenheng at avtalene hadde resultert i en parallell prispolitikk mellom produsentene.⁸⁴ Retten opphevet imidlertid beslutningen, da Kommisjonen verken hadde godtgjort en identisk prispolitikk eller at det forelå avtaler om en sådan.⁸⁵ Rettens manglende drøftelse av kriteriene for en økonomisk relasjon, resulterte følgelig i at den rettslige karakteristikken av konseptet kollektiv dominans forble uklar.⁸⁶

I *Almelo*⁸⁷ henviste EF- domstolen til forestillingen i *Italian Flat Glass*, om visse økonomiske forbindelser mellom foretakene som vilkår for kollektiv dominans, der den uttalte i avsnitt 42:

”...In order for such a collective dominant position to exist, the undertakings in the group must be linked in such a way that they adopt the same conduct on the market.”

Avsnittet klargjør hvilken funksjon forbindelsene må ha; å gi oligopolmedlemmene anledning til og opptre på samme måte i markedet. Whish foreslår at dette kan være en henvisning til økonomenes ”tacit collusion”.⁸⁸ Den ovennevnte uttalelsen er viktig fordi den tilnærmer læren om kollektiv dominans til teorien om koordinert atferd i oligopolmarkeder. Kjernen i kollektiv dominans synes å være eksistensen av en forbindelse mellom foretakene som muliggjør ensartet markedsatferd. Avgjørelsen sier imidlertid ikke

⁸² Jones and Sufrin, s 829

⁸³ *Italian Flat Glass*, avsnitt 365, jfr. 350 og 50

⁸⁴ *Italian Flat Glass*, avsnitt 350-351 og 354.

⁸⁵ *Italian Flat Glass*, avsnitt 365

⁸⁶ Whish, s 522

⁸⁷ C-393/92 *Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477

⁸⁸ Whish, s 523

hvilke forhold som etablerer en slik relasjon eller om parallell atferd er tilstrekkelig i denne sammenheng.⁸⁹

I *Almelo* påpeker imidlertid Domstolen at kollektiv dominans krever en økonomisk rasjonell begrunnelse. Foretakene må finne det lønnsomt å etablere en felles markedsatferd, fremfor og konkurrere internt. Den ovennevnte formuleringen ble gjentatt av EF-domstolen i *Spediporto*,⁹⁰ *DIP*,⁹¹ og *Sodemare*,⁹² uten å bidra til ytterligere klargjøring av vilkårene.

Etter Førsteinstansrettens avgjørelse i *Italian Flat Glass* anvender imidlertid Kommisjonen prinsippet kollektiv dominans i en rekke saker, både i tilknytning til artikkel 82 og fusjonsforordningen. Sakene vedrørende artikkel 82 tilfører lite til forståelsen av læren om kollektiv dominans, siden de involverte foretakene uten tvil var knyttet sammen gjennom økonomiske forbindelser. Kommisjonen burde derfor ikke ta stilling til hva som utgjorde en "link". Læren om kollektiv dominans ble for eksempel anvendt i *Trans- Atlantic Conference Agreement (TACA)*⁹³ og *Assosiated Central West Africa Lines (Cewal)*,⁹⁴ ovenfor rederier som var medlemmer av en linjekonferanse, og som hadde inngått avtaler vedrørende reguleringen av handelen på en rekke transportruter. I *Cewal* fant Kommisjonen at medlemmene av konferansen utgjorde en kollektiv enhet fordi avtalene ga dem anledning til å innføre felles fraktrater og transportvilkår. Kommisjonen avdekket også en kollektiv dominerende stilling i *Port of Rødby*,⁹⁵ på grunnlag av at to fergeselskap hadde felles faste priser, koordinerte rutetabeller og samkjørt markedsføring av sine tjenester.⁹⁶

Samtidig anvendelse av artikkel 81 og 82 fremstår ikke som absolutt nødvendig i disse avgjørelsene, siden avtalene i utgangspunktet ble rammet av artikkel 81(1). På den annen

⁸⁹ Whish, s 523

⁹⁰ *Spediporto*, avsnitt 33

⁹¹ C-140/94, *DIP Spa mot Commune di Bassano del Grappa* [1995] ECR I-3257, avsnitt 27

⁹² C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA and Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia* [1997] ECR I-3395, avsnitt 46

⁹³ IV/35.134 *Trans- Atlantic Conference Agreement* [1999]

⁹⁴ IV/32.448 og IV/32.450, *Cewal* [1993]

⁹⁵ OJ [1994] L 55/52 *Port of Rødby*

⁹⁶ Whish, s 524

side passet de faktiske forholdene i avgjørelsene rett inn i Førsteinstansrettens formulering i *Italian Flat Glass*; partene var utvilsomt bundet sammen gjennom økonomiske relasjoner.⁹⁷

De ovennevnte avgjørelsene etter *Italian Flat Glass* besvarer i liten grad spørsmålene denne saken reiste, med unntak av at læren om kollektiv dominans forutsetter at foretakene opptrer ensartet på markedet.

3.4 Tilnærming til oligopolteorien om koordinerte virkninger

Det materielle innholdet i læren om kollektiv dominans ble ikke belyst nærmere før i avgjørelsene *Frankrike mot Kommisjonen* (den såkalte *Kali und Salz- saken*)⁹⁸ og *Gencor mot Kommisjonen*⁹⁹ i tilknytning til fusjonsforordningen, og *Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommisjonen (CMBT)* under artikkel 82.

I *Frankrike mot Kommisjonen*, uttalte EF- domstolen at en kollektiv dominerende stilling er kjennetegnet ved at oligopolmedlemmene:

“...in particular because of factors giving rise to a connection between them, are able to adopt a common policy on the market.”¹⁰⁰

Domstolen la vekt på i hvilken grad foretakene hadde anledning til å vedta en felles markedsstrategi etter fusjonen, og derigjennom opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere.¹⁰¹ Denne betydningen av kollektiv dominans ble som tidligere nevnt påpekt i *Almelo*. I *Frankrike mot Kommisjonen*, fremheves dette som det essensielle kravet til besittelse av en kollektiv dominerende stilling i relasjon til fusjonsforordningen. Oligopolistenes ensartede markedsatferd er formulert som en følge av innbyrdes forbindelser mellom dem. Domstolen redegjør på den annen side ikke for hvilke faktorer

⁹⁷ Jones and Sufrin, s 830

⁹⁸ C- 68/94 og 30/95 *Frankrike mot Kommisjonen* [1998] ECR I-1375

⁹⁹ T-102/96 *Gencor mot Kommisjonen* [1999] ECR II-753

¹⁰⁰ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

¹⁰¹ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

som er relevante ved bedømmelsen av om det foreligger en relasjon. Om økonomiske eller strukturelle bånd mellom foretakene er de viktigste faktorene i dette henseende, eller om slike omstendigheter overhodet er nødvendige for etableringen av kollektiv dominans, blir ikke drøftet i avgjørelsen.¹⁰² EF- domstolen oppklarer derfor ikke hva en innbyrdes relasjon må bestå i.

I dommen påpekes imidlertid at det må foretas en grundig analyse av de konkrete omstendighetene i den enkelte sak, for å vurdere fusjonens virkninger på det relevante markedet.¹⁰³ I tillegg til henvisningen til "other factors" kan dette indikere at Domstolen ikke mente at kollektiv dominans beror utelukkende på strukturelle forbindelser, som eksemplifisert i *Italian Flat Glass*.

Kommisjonens avgjørelse¹⁰⁴ ble kjent ugyldig, fordi EF-domstolen ikke fant det påvist at de strukturelle båndene mellom fusjonsenheten og en øvrig aktør på det relevante markedet, innebar en risiko for parallell atferd. Det var derfor ikke grunnlag for å konstatere kollektiv dominans. Domstolen tok ikke stilling til hva som hadde vært løsningen dersom det ikke hadde eksistert strukturelle relasjoner mellom oligopolistene. Avgjørelsen har på den annen side ikke blitt tolket slik at kontraktsmessige bånd eller tilsvarende samordning er et nødvendig vilkår for kollektiv dominans. Førsteinstansretten sa bare, at dersom Kommisjonen baserer en avgjørelse om kollektiv dominans på strukturelle forbindelser, må den føre tilstrekkelig bevis for at disse vil resultere i parallell atferd mellom fusjonsforetakene og en øvrig tilbyder på markedet.¹⁰⁵

Kravet om parallell atferd er i samsvar med den økonomiske teorien om koordinerte virkninger i oligopolmarkeder, men så langt var det uklart hva de ovennevnte dommene siktet til med uttrykk som "økonomiske forbindelser" eller "andre relationer".¹⁰⁶ I følge

¹⁰² Whish, s 533

¹⁰³ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 222

¹⁰⁴ IV/M. 0308 *Kali und Salz/Mdk* [1993]

¹⁰⁵ Whish, s 533, jfr., *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

¹⁰⁶ Temple Lang, s 300

økonomisk teori¹⁰⁷ kan koordinerte virkninger nås i fravær av konkret kontakt eller kommunikasjon. Spørsmålet er om EF- domstolen mente det var påkrevd at avtaler eller samordnet praksis omhandlet i artikkel 81(1) ga insitammenter til parallell atferd, eller om oligopolistisk avhengighet *i seg selv* kunne utgjøre en tilstrekkelig relasjon.

Førsteinstansrettens stadfestelse av Kommisjonen avgjørelse i *Gencor/Lonrho*¹⁰⁸ ga svar på det nevnte spørsmålet. Saken gjaldt en avgjørelse mellom selskapene Gencor Ltd. og Lonrho Plc. vedrørende fusjon av deres forretningsdrift på markedet for platinametall. Fusjonen ville ha medført at foretakene hadde fått samlet kontroll over markedet gjennom det felles eide firmaet, Implants Ltd. Kommisjonen stanset fusjonen fordi den ville ha skapt eller styrket en dominerende ”duopolstilling”¹⁰⁹ mellom Implants og den øvrige konkurrenten i markedet, Amplants. I vår sammenheng er det spesielt viktig å påpeke at det ikke eksisterte kontraktsmessige eller andre formelle relasjoner mellom foretakene på det relevante markedet.

I *Gencor/Lonrho* anerkjenner Kommisjonen at aktørene i et oligopolmarked kan oppnå markedsrett som følge av koordinert atferd, og at dette utelukkende kan være et resultat av markedsomstendighetene.¹¹⁰ En av ankegrunnene var at Kommisjonen ikke hadde påvist eksistensen av strukturelle bånd mellom fusjonsforetakene og Amplants. Dette var en tydelig henvisning til Rettens eksempler i *Italian Flat Glass*, ”agreements or licences”. Ved tolkningen av uttrykket ”økonomisk forbindelse”, fastslo imidlertid Retten at det

” i rettslig eller økonomisk henseende ikke [er] nogen grund til fra begrebet økonomisk forbindelse at undtage et indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol.”¹¹¹

Førsteinstansretten utvidet dermed vilkåret om en økonomisk relasjon, til å omfatte avhengighetsforholdet mellom foretakene i et tett oligopolmarked.

¹⁰⁷ Se avsnitt 2

¹⁰⁸ IV/M.619 *Gencor/Lonrho* [1996]

¹⁰⁹ *Gencor/Lonrho*, avsnitt 219; Dette uttrykket anvendes synonymt med ”kollektiv dominans.”

¹¹⁰ *Gencor/Lonrho*, avsnitt 140

¹¹¹ *Gencor*, avsnitt 276

Spørsmålet er om markedsstrukturen medfører at aktørene kan innføre en parallell atferd, og derigjennom oppnå felles profittmaksimering.¹¹² Uttrykkelig samarbeid eller konkrete kontaktpunkter mellom oligopolmedlemmene i artikkel 81(1)s forstand, er følgelig ikke et vilkår for kollektiv dominans. Retten introduserte dermed en kontrollmekanisme for potensielt konkurransebegrensende oligopoler.

Retten understreker at avgjørelsen i *Italian Flat Glass* ikke kan tolkes på den måten at strukturelle bånd er et absolutt vilkår for kollektiv dominans. Eksistensen av slike forbindelser mellom foretakene, ble angitt som eksempler på hvilke forhold som kunne etablere en kollektivt dominerende stilling.¹¹³ Avtaler og lisenser ble angitt som eksempler på strukturelle bånd, men øvrige forbindelser kan også oppfylle kravet til en innbyrdes relasjon. Det kan derfor ikke utledes av *Italian Flat Glass* at

*”Retten har begrenset begrebet økonomiske forbindelser til kun at omfatte... strukturelle forbindelser.”*¹¹⁴

Retten påpekte i den forbindelse at konkurransebegrensende markedsstrukturer

*”kan opstå som følge både af økonomiske forbindelser i den snævre forstand...og af markedsstrukturer, hvor hver erhvervsdrivende kan være sig de felles interesser bevidst og bl.a forhøye prisene uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis.”*¹¹⁵

Gencor var den første avgjørelsen hvor Retten uttrykkelig fastslo at eksistensen av strukturelle forbindelser ikke er nødvendig for etableringen av kollektiv dominans, og at økonomiske forbindelser inkluderer konkurransebegrensede virkninger av parallell atferd i oligopolmarkeder, der det foreligger bestemte markedskarakteristikk.¹¹⁶ Rettspraksis

¹¹² *Gencor*, avsnitt 276

¹¹³ *Gencor*, avsnitt 273

¹¹⁴ *Gencor*, avsnitt 273 og 275

¹¹⁵ *Gencor*, avsnitt 276

¹¹⁶ Haupt, s 440

savnet allikevel et klart økonomisk resonnement om hva kollektiv dominans var. Konseptet ble sjelden relatert til et økonomisk begrep.¹¹⁷

Henvisningen til *Italian Flat Glass*¹¹⁸ indikerer at Retten ikke skiller mellom kollektiv dominans under artikkel 82 og fusjonsforordningen. Dette er et sterkt argument for at et oligopolistisk avhengighetsforhold *i seg selv* kan utgjøre en tilstrekkelig økonomisk relasjon også i tilknytning til artikkel 82. Retten presiserer imidlertid at ovennevnte konklusjon er spesielt relevant i fusjonssaker.¹¹⁹ Dette har blitt tolket som et mulig forbehold om en annen løsning under artikkel 82.¹²⁰

EF- domstolens avgjørelse i *CMBT* er et viktig bidrag til forståelsen av kollektiv dominans i artikkel 82. Avgjørelsen indikerer at kollektiv dominans kan etableres på grunnlag av oligopolistisk avhengighet også under denne bestemmelsen.

CMBT er ankebehandlingen av Førsteinstansrettens stadfestelse¹²¹ av Kommisjonens avgjørelse i *Cewal*. *Cewal* besto av foretak som drev transportvirksomhet mellom havner i Zaire, Angola og Nord- Europa. Kommisjonen hevdet at tre av medlemmene i linjekonferansen (Dafra, Compagnie Maritime Belge og *CMBT*) hadde en kollektiv dominerende stilling. Foretakene benektet at deres medlemskap i *Cewal* medførte at de skulle behandles som en samlet enhet på markedet. De anket til EF- domstolen, primært på grunnlag av Førsteinstansrettens mangelfulle beskrivelse av de påståtte økonomiske forbindelsene dem i mellom. I samsvar med Førsteinstansrettens standpunkt i *Gencor*, fastslo EF- domstolen at,

¹¹⁷ Marie Nygren og Mats Nilsson, *Europarettlig tidsskrift* 2002, "Førsteinstansretten dom i *Airtours* målet- betyr kollektiv dominans tyst samordning?", s 545

¹¹⁸ *Gencor*, avsnitt 273

¹¹⁹ *Gencor*, avsnitt 277

¹²⁰ Se bla. Jepchott and Withers, s 295

¹²¹ Forente saker T-24/93 ect. *Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen*, [1996] ECR II-1201

*”the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position; such a finding may be based upon other connecting factors and would depend on an economic assessment and, in particular of the structure of the market in question.”*¹²²

Det fremgår uttrykkelig av dette sitatet at avtale eller rettslige relasjoner ikke er nødvendige vilkår for kollektiv dominans. Uttalelsen kan vanskelig forstås på annen måte enn at et oligopolistisk avhengighetsforhold i prinsippet kan utgjøre en tilstrekkelig forbindelse under artikkel 82.¹²³ Domstolen henviser ikke direkte til et slikt avhengighetsforhold, men sier at andre relasjoner enn avtaler eller rettslige forbindelser kan være tilstrekkelig. EF-domstolens uttalelse om at etableringen av kollektiv dominans forutsetter en økonomisk vurdering av markedsstrukturen, kan ikke utelukke at det gjensidige avhengighetsforholdet mellom deltakerne i et oligopol omfattes av begrepet ”other connecting factors”.

Sitatet er også i samsvar med EF-domstolens avgjørelse i *Frankrike mot Kommisjonen*, hvor den som nevnt også fokuserte på ”andre relationer”¹²⁴ fremfor ”økonomiske forbindelser”. Dommen indikerer derfor i likhet med *Gencor*, at Domstolen ikke skiller mellom det materielle innholdet i læren om kollektiv dominans under artikkel 82 og fusjonsforordningen.

I følge EF-domstolen kunne derfor kollektiv dominans etableres på grunnlag av en avtale, dens tolkningsresultat, samt der markedsstrukturen i det konkrete tilfellet skaper en relasjon mellom foretakene.¹²⁵

Jephcott og Withers påpeker at det nærmeste EF-domstolen har kommet vedrørende en definisjon av begrepet ”economic link”, var Generaladvokat Fennellys meddelelse i *CMBT*.¹²⁶ Hans standpunkt støtter den ovennevnte konklusjonen. Fennelly understreker at den todelte testen for kollektiv dominans; nemlig eksistensen av en økonomisk relasjon mellom foretakene, som resulterer i at de utgjør en kollektiv enhet på markedet, i realiteten er en

¹²² *CMBT*, avsnitt 45

¹²³ Se bla. Haupt, s 438 og Whish, s 526

¹²⁴ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

¹²⁵ *CMBT*, avsnitt 45

¹²⁶ Jephcott and Withers, s 298

samlet vurdering hvor sistnevnte element er det vesentligste. En uttømmende beskrivelse av samtlige relasjoner eller økonomiske bånd er derfor ikke nødvendig. Disse kan eksempelvis bestå i identiske leveringsbestemmelser vedtatt av en handelsorganisasjon eller felles ledelse. Forbindelser kan videre etableres gjennom en felles markedsstrategi eller salgspolitikk. Det avgjørende er således relasjonenes resultat; at to eller flere selvstendige foretak opptrer som en samlet enhet på det relevante markedet.¹²⁷

Den ovennevnte forståelsen av kravet til en økonomisk forbindelse, underbygges i tillegg av Rettens uttalelser i *TACA*¹²⁸ under artikkel 82. Tilbyderne kan som følge av relasjoner dem i mellom, føre en ensartet markedspolitikk,

*"if the undertakings are in a position to anticipate one another's behaviour and are therefore strongly encouraged to align their conduct in the market, in particular in such a way as to maximise their joint profits by restricting production with a view to increasing prices."*¹²⁹

Til støtte for dette standpunktet, henviser Retten til den siterte uttalelsen i *Gencor*,¹³⁰ om at det fra kravet om en økonomisk forbindelse, ikke er grunn til å unnta avhengighetsforholdet mellom deltakerne i et oligopol. Konklusjonen er følgelig at uttrykket "økonomiske forbindelser" inkluderer de faktorene som øker sannsynligheten for parallell atferd mellom oligopolmedlemmene.

Ovennevnte rettspraksis viser at læren om kollektiv dominans har vært gjenstand for en gradvis utvikling; fra krav om økonomiske relasjoner i streng forstand til at disse kan etableres på bakgrunn av markedsomstendighetene. Retten har således gitt læren om kollektiv dominans et videre anvendelsesområde. Jeg presiserer imidlertid at Retten ikke har fraveket den opprinnelige læren om "economic links".¹³¹

¹²⁷ Vilkåret til parallell atferd drøftes nedenfor i avsnitt 3.5

¹²⁸ Forente saker T-191,212-214/98 *Atlantic Container Line AV mfl. mot Kommisjonen*, dom av 30. sep. 2003

¹²⁹ *TACA*, avsnitt 652

¹³⁰ *TACA*, avsnitt 62, med henvisning til *Gencor*, avsnitt 276

¹³¹ Se avsnitt 3.7.2

3.5 Vilkåret om parallell markedsatferd

I følge *Almelo* forutsetter kollektiv dominans at foretakene er bundet sammen på en slik måte at de kan “adopt the same conduct on the market”.¹³² I *CMBT* understreket EF-domstolen uttrykkelig at en kollektiv dominerende stilling krever at foretakene fra et økonomisk synspunkt, presenterer seg - eller opptrer som en samlet enhet på markedet.¹³³ Domstolen påpekte videre i *Frankrike mot Kommisjonen* at fusjonsenheten og minst en annen aktør må kunne føre en ensartet markedsatferd etter fusjonen.¹³⁴ På denne bakgrunn synes det klart at læren om kollektiv dominans forutsetter en parallell markedsatferd mellom oligopolmedlemmene.

Vilkåret er formulert på grunnlag av at oligopolistenes kollektiv stilling, som nevnt er kjennetegnet ved ”at der ikke er et indbyrdes konkurrenceforhold mellem dem.”¹³⁵ Forutsetningen for at to eller flere foretak kan adresseres samlet i relasjon til dominansvurderingen, er følgelig at en parallell atferd medfører en intern konkurransebegrensing. I *Gencor*¹³⁶ henviser Førsteinstansretten uttrykkelig til det prinsipielle kravet om parallell atferd i *Frankrike mot Kommisjonen*. I teorien har det på den annen side vært påpekt at avgjørelsen i *Gencor* skapte uklarhet vedrørende kravet om en parallell atferd.¹³⁷ Selv om dette skulle være tilfelle, forutsetter de ovennevnte avgjørelsene fra EF-domstolen utvilsomt denne type koordinering. Etter min mening må tolkningsresultatet av disse dommene, inkludert *Gencors* henvisning til kravet i *Frankrike mot Kommisjonen*, veie tyngst.

¹³² *Almelo*, avsnitt 42

¹³³ *CMBT*, avsnitt 36

¹³⁴ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

¹³⁵ EF-domstolen i *Spediporto*, avsnitt 34

¹³⁶ *Gencor*, avsnitt 163, med henvisning til *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 221

¹³⁷ Temple Lang, s 314, mener f. eks at dommen avviker fra tidligere praksis under artikkel 82, hvor kollektiv dominans forutsetter en parallell markedsatferd. Lang påpeker det følger av *Gencor* at kollektiv dominans kan eksistere dersom parallell atferd er rasjonelt, selv om det ikke nødvendigvis medfører at atferden alltid er parallell.

Eventuelle uklarheter med hensyn til vilkåret om parallell atferd be eliminert etter Førsteinstansrettens avgjørelse i *Airtours mot Kommisjonen*.¹³⁸ Hva gjelder innholdet i dette kravet kommer Retten med prinsipielle bemerkninger etter den usikkerhet som rådet, spesielt etter Kommisjonens avgjørelse i *Airtours/First Choice*.¹³⁹

I denne saken stanset Kommisjonen en fusjon mellom Airtours og First Choice. Begrunnelsen var at fusjonen ville skape en kollektivt dominerende stilling på det britiske markedet for en viss type pakkereiser, mellom fusjonsenheten og de øvrige ledende turoperatørene på markedet, Thomson Travel Group og Thomas Cook.

Airtours/First Choice og Kommisjonen var fundamentalt uenige vedrørende forståelsen av læren om kollektiv dominans. Ovenstående redegjørelse av rettspraksis, antyder at Førsteinstansretten og EF- domstolen assosierer kollektiv dominans med den økonomiske teorien om koordinert atferd i oligopolmarkeder. I *Airtours/First Choice* utvidet Kommisjonen tilsynelatende dette konseptet da den uttalte i avsnitt 54, at det ikke er en absolutt nødvendighet for eksistensen av kollektiv dominans at aktørene fører en ensartet markedsstrategi. Synspunktet var derimot at det ikke er koordinert atferd som er kjernen i kollektiv dominans, men muligheten for et oligopolmedlem til å oppnå profitt basert på ensidige handlinger, uten og være avhengig av gjensidig respons fra de øvrige oligopolistene.¹⁴⁰ Dette standpunktet innebærer at ikke- koordinerte oligopol i prinsippet kunne reguleres under læren om kollektiv dominans.

I tillegg hevdet Kommisjonen at den rådende læren om kollektiv dominans, ikke forutsatte eksistensen av en straffemekanisme innad i oligopolet som vilkår for parallell atferd.

Kommisjonens avgjørelse ble kjent ugyldig. Førsteinstansretten anvendte den konvensjonelle teorien om kollektiv dominans, fremfor Kommisjonens utvidede versjon nevnt ovenfor. Whish påpeker at læren om kollektiv dominans derfor ikke kan anvendes for å regulere ikke- koordinerte oligopolmarkeder.¹⁴¹ Retten poengterte at markedssituasjonen ikke må bedømmes statisk på et bestemt tidspunkt, det må derimot

¹³⁸ T- 324/99 *Airtours mot Kommisjonen* [2002] ECR. II-2585

¹³⁹ IV/M.1524 *Airtours/First Choice* [2000]

¹⁴⁰ Whish, s 537

¹⁴¹ Whish, s 537

foretas en dynamisk vurdering av sannsynligheten for at koordineringen kan opprettholdes over tid.¹⁴² Dette forutsetter følgelig en gjengjeldelses - eller straffemekanisme.¹⁴³ Retten mente i tillegg at Kommisjonen hadde lagt en feilaktig bevisbedømmelse til grunn for avgjørelsen. Dersom Kommisjonen skal forby en fusjon på grunnlag av kollektiv dominans må den frembringe ”convincing evidence”.¹⁴⁴

Dommen er en videreføring av den ovennevnte praksis. Retten henviser blant annet til *Frankrike mot Kommisjonen*,¹⁴⁵ som fastslår at foretakene kan føre en ensartet markedsatferd som følge av ”factors which give rise to a connection”, og *Gencor* som drøfter avhengighetsforholdet mellom medlemmene i et tett oligopol.¹⁴⁶ I avsnitt 61 betegner Retten en kollektiv dominerende stilling som en markedsposisjon hvor,

”... each member of the dominant oligopoly, as it becomes aware of common interests, consider it possible, economically rational and hence preferable, to adopt on a lasting basis a common policy on the market with the aim of selling at above competitive prices, without having to enter into an agreement or resort to a concerted practice within the meaning of article 81...”

Førsteinstansretten fastslår dermed at kollektiv dominans er ensbetydende med parallell atferd i oligopolmarkeder. Oligopolmedlemmenes ønske om profittmaksimering, resulterer i at de innfører en vedvarende, felles markedsstrategi. Dette forutsetter ikke strukturelle relasjoner i artikkel 81(1)s forstand.

EF- domstolen har imidlertid uttalt at i et produktheterogent marked, preget av effektiv intern konkurranse kan det ikke etableres kollektiv dominans i fravær av strukturelle forbindelser.¹⁴⁷ I slike tilfeller kan ikke markedsomstendighetene i seg selv føre til parallell atferd.

¹⁴² *Airtours*, avsnitt 192

¹⁴³ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁴⁴ *Airtours*, avsnitt 63

¹⁴⁵ *Airtours*, avsnitt 59

¹⁴⁶ *Airtours*, avsnitt 60

¹⁴⁷ C-309/99 *Wouters mot Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577, avsnitt 114

3.6 Forutsetningene for koordinerte virkninger

I *Airtours* oppstiller Retten tre vilkår for etableringen av en parallell atferd; tilstrekkelig markedstransparens, stabilitet over tid, som forutsetter eksistensen av en effektiv straffetrussel, samt fravær av motstående konkurransepress.¹⁴⁸

3.6.1 Kravet til markedstransparens

I følge Retten er det ikke tilstrekkelig at oligopolmedlemmene er klar over at parallell atferd resulterer i profittmaksimering. Hver enkelt oligopolist må ha anledning til å *overvåke* de øvrige aktørene, slik at vedkommende kan ta stilling til om disse *opptrer på tilsvarende måte som han selv*, og om denne atferden opprettholdes. Bare da kan det kontrolleres hvorvidt samtlige aktører opptrer identisk på markedet. Dette forutsetter,

*”...sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members’ market conduct is evolving.”*¹⁴⁹

Markedstransparens er følgelig en forutsetning for at oligopolistene kan oppdage endringer i de øvriges atferd, samt ha mulighet til å skille mellom faktiske avvik fra strategien eller mindre justeringer som følge av svingninger i etterspørselen.¹⁵⁰ Graden av markedstransparens er også viktig.¹⁵¹ Høy grad av gjennomsiktighet i markedet betyr at det foreligger tilgang på informasjon om produksjonsforhold, etterspørsel, salgsvolum og priser. Markedstransparens er en forutsetning for at foretakene kan etablere en varig koordinert atferd.¹⁵²

3.6.2 Kravet til en intern straffetrussel

Betingelsen for at en parallell atferd skal resultere i felles profittmaksimering, er at oligopolistene opprettholder den over tid. Det må derfor

¹⁴⁸ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁴⁹ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁵⁰ *Airtours*, avsnitt 62, jfr. avsnitt 159. Poenget påpekes også i *Gencor*, avsnitt 227

¹⁵¹ *Airtours*, avsnitt 159

¹⁵² For den mer generelle betydningen av markedstransparens, jfr., avsnitt 3.7.3.2

”... be an incentive not to depart from the common policy on the market.....The notion of a retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition...” ¹⁵³

Kravet til koordineringens stabilitet, forutsetter eksistensen av en effektiv straffetrussel som fjerner det insitament tilbyderne eventuelt måtte ha til å fravike den parallelle atferd. For å hindre potensielle avvik må straffetrusselen være effektiv og represaliene tilstrekkelig strenge.¹⁵⁴ Retten uttalte at straffetrusselen er effektiv, dersom det enkelte oligopolmedlem vet at et avvik fra den parallelle atferden fremprovoserer en tilsvarende handling fra de øvrige oligopolistene, slik at avvikerer ikke oppnår noen fordel ved et slikt forsøk.¹⁵⁵

I følge *Airtours* er det ikke påkrevd at oligopolmedlemmene vedtar et målrettet mottiltak ved avvik.¹⁵⁶ En generell priskrig kan være tilstrekkelig dersom denne hindrer avvik, og følgelig opprettholder vedvarende parallellitet. Retten påpekte at straffetrusselen er effektiv dersom det ikke er lønnsomt for foretakene å fravike koordineringen.¹⁵⁷ Parallell atferd må derfor på lang sikt medføre høyere profitt, enn et kortsiktig forsøk på å fravike strategien.¹⁵⁸ I denne sammenheng må det foretas en avveining av det enkelte oligopolmedlems egeninteresse (øke sitt utbytte gjennom konkurranse) mot deres fellesinteresse (reducere produksjonen å øke prisene med sikte på felles profittmaksimering).¹⁵⁹ Selv om avvikerer som foretar et priskutt, kan vinne noen salg, vil det generelle prisnivået på sikt være lavere dersom de øvrige oligopolistene også reduserer prisene.¹⁶⁰ Parallell atferd vil derfor gi sikrere langsiktige gevinster. Straffetrusselen vil

¹⁵³ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁵⁴ *Airtours*, avsnitt 62, jfr. avsnitt 192

¹⁵⁵ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁵⁶ *Airtours*, avsnitt 195

¹⁵⁷ *Airtours*, avsnitt 195

¹⁵⁸ Jenny, Temple Lang mfl., ”Collective Dominance/Oligopoly behaviour under Articles 81/82 and the EC Merger Regulation” [2002] Fordham Corporate Institute, kap. 14, s 380

¹⁵⁹ *Airtours*, avsnitt 193

¹⁶⁰ Se Ivaldi mfl., s 5 og 7

imidlertid bare virke effektivt hvis de øvrige oligopolmedlemmene har tilstrekkelig overskuddskapasitet til å dekke den ekstra etterspørselen som følger av et priskutt.¹⁶¹

Dersom straffetrusselen kan iverksettes kort tid etter avviket, reduseres eventuelle fordeler som kan oppnås gjennom dette. Effekten av straffetrusselen øker følgelig hvis eventuelle avvik kan oppdages og slås ned på umiddelbart, og reduseres dersom den iverksettes etter en viss tid.¹⁶² Vilkåret om at den parallelle atferden må være stabil over tid, er i *Airtours* drøftet i tilknytning til fusjonsforordningen. Vilkåret om en effektiv straffemekanisme gjør seg også gjeldende i forhold til artikkel 82. Ved vurderingen av om foretakene hadde ført en vedvarende parallell atferd i *TACA* saken, la Retten avgjørende vekt på at medlemmene av samarbeidet var forpliktet til å anvende den felles tariff under trussel om strenge bøter ved avvik.¹⁶³

Temple Lang antyder at straffetrusselen ikke er tilstrekkelig i relasjon til artikkel 82, hvis den ikke bygger på empirisk bevis for at oppdagelse og avstraffelse faktisk har funnet sted ved avvik.¹⁶⁴ En ren teoretisk mulighet for å oppdage og straffe avvik er derfor ikke nok. Dersom avvik har forekommet uten faktisk avstraffelse, er det nemlig sannsynlig at straffemekanismen ikke oppfyller kravet til effektivitet.

Med *Airtours* er det således slått fast at oligopolteoriens forutsetninger om overvåking, oppdagelse og straff, anses som nødvendige vilkår for kollektiv dominans.¹⁶⁵

3.6.3 Betydningen av intern konkurranse mellom oligopolistene

En kollektiv dominerende stilling er særpreget ved at konkurransen internt mellom oligopoldeltakerne er begrenset som følge av en parallell markedsatferd. I *Italian Flat Glass* sa imidlertid Kommisjonen at,

“selv om der var visse forskelle i adfærd..afholdt disse forskelle ikke producenterne fra at føre same markedsstrategi.”¹⁶⁶

¹⁶¹ Jfr. også avsnitt, 3.7.3.3

¹⁶² *Airtours*, avsnitt 197, se også avsnitt 203

¹⁶³ *TACA*, avsnitt 918 og 920.

¹⁶⁴ Temple Lang, s 304-305

¹⁶⁵ Jfr. ovenfor, avsnitt 2.4

De interne ulikhetene i markedsatferd hadde ingen betydning, da foretakene allikevel utgjorde en kollektiv enhet ovenfor konkurrenter, kunder og forbrukere.

I TACA drøftet Retten mer inngående om intern konkurranse var uforenlig med kollektiv dominans. Et hovedpunkt i rederienes anke var at Kommisjonen ikke hadde bevist at de hadde ført en tilstrekkelig identisk atferd, og dermed eliminert konkurransen mellom dem. Retten påpekte i denne sammenheng nødvendigheten av å avgjøre hvorvidt Kommisjonen, for og adressere flere selvstendige foretak samlet i relasjon til artikkel 82, må bevise at de har etablert “the same conduct on the market, leading to the elimination of any competitive relationship between them”.¹⁶⁷ Retten anerkjenner at fravær av effektiv intern konkurranse, er en viktig faktor under læren om kollektiv dominans, da den uttalte at oligopolistenes mulighet til å koordinere sin atferd,

*“ necessarily implies that competition between them is significantly restricted.”*¹⁶⁸

Dette betyr på den annen side ikke at:

*“ the elimination of effective competition must result in the elimination of all competition between the undertakings concerned.”*¹⁶⁹

Vilkåret om parallell atferd forutsetter nødvendigvis at konkurransen mellom de påstått kollektivt dominante foretakene er vesentlig begrenset (“significantly restricted”). Kommisjonen må påvise at koordineringen eliminerer den *effektive konkurransen* mellom oligopolmedlemmene, men ikke nødvendigvis enhver konkurranse. En viss grad av intern konkurranse mellom oligopolistene, utelukker derfor ikke at de kan bedømmes som en samlet enhet i tilknytning til dominansspørsmålet, såfremt denne konkurransen ikke er

¹⁶⁶ Se *Italian Flat Glass*, avsnitt 351, jfr., avsnitt 350

¹⁶⁷ TACA, avsnitt 649 og 651

¹⁶⁸ TACA, avsnitt 653

¹⁶⁹ TACA, avsnitt 654

effektiv. Avgjørelsen i *TACA* opprettholder vilkåret om parallell atferd i relasjon til artikkel 82, og fastslår at en viss intern konkurranse ikke er uforenlig med læren om kollektiv dominans.¹⁷⁰

Medlemmene av *TACA* fikk ikke medhold i at de konkurrerte i en slik grad, at de ikke kunne bedømmes samlet i forhold til dominansvurderingen. I tilknytning til en eventuell priskonkurranse, mente Retten at rederiene ikke hadde godtgjort eksistensen av en vesentlig konkurranse dem i mellom.¹⁷¹ I den konkrete saken, kunne blant annet individuelle servicekontrakter gi grunnlag for priskonkurranse, men anledningen til å tilby slike kontrakter var underlagt restriksjoner, før *TACA* innførte et totalforbud mot dem. Rederiene måtte i tillegg forhåndsmelde avvik fra den felles fastsatte tariff til Sekretariatet, slik at de øvrige medlemmene også kunne foreta en tilsvarende prisendring. Atferden mellom foretakene var derfor ikke en del av ”normal competition”, fordi de ikke kunne treffe selvstendige beslutninger vedrørende hvilken markedsstrategi de ønsket å føre. Formålet eller virkningen var å påvirke faktiske og potensielle konkurrenters atferd på markedet, eller å påtvinge dem *TACA*s regler.¹⁷²

3.6.4 Motstående konkurransepress

I dette avsnittet skal jeg vurdere de kollektivt dominante foretakene i forhold til faktiske og potensielle konkurrenter. I *Airtours* ble konkurransen fra de øvrige markedsaktørene, fremhevet som avgjørende for om flere foretak kan ha en *kollektiv stilling*. Et vilkår for å bedømme oligopolistene som en samlet enhet, er således at faktiske og potensielle konkurrenter ikke hindrer det forventede resultatet av koordineringen.¹⁷³ Parallell atferd kan følgelig ikke opprettholdes over tid, hvis det foreligger motstående konkurranse av betydning.¹⁷⁴

Oligopolmedlemmenes forhold til de øvrige markedsaktørene er som nevnt også relevant i forhold til spørsmålet om de har en dominerende stilling. I *Italian Flat Glass* ble

¹⁷⁰ *TACA*, spesielt avsnitt 654

¹⁷¹ *TACA*, avsnitt 711

¹⁷² *TACA*, avsnitt 699

¹⁷³ *Airtours*, avsnitt 62

¹⁷⁴ Jfr., avsnitt, 3.7.5 for den nærmere betydningen av motstående konkurranse.

problemstillingen formulert i samsvar med definisjonen av individuell dominans i *United Brands mot Kommisjonen*.¹⁷⁵ I tilfeller av kollektiv dominans er det avgjørende hvorvidt oligopolistene *til sammen*, kan ”udvise en i betydeligt omfang uafhængig atfærd over for deres konkurrenter og kunder og i siste instans over for forbrugerne”.¹⁷⁶ Vurderingen av om den kollektive enheten er dominerende på markedet, reiser som nevnt hovedsakelig de samme spørsmålene som individuell dominans.

I *CMBT* understreket EF- domstolen behovet for en grundig og adskilt vurdering av de tre elementene ved avgjørelsen av kollektiv dominans i artikkel 82.¹⁷⁷ Denne testen vil imidlertid ikke bli anvendt så strengt i tilfeller der foretakene er kollektivt dominante som følge av ”andre relationer”, slik som et oligopolistisk avhengighetsforhold. Ved bedømmelsen av om foretakene utgjør en kollektiv enhet i disse tilfellene, må man ta i betraktning en rekke markedsfaktorer som også indikerer at de er dominerende.¹⁷⁸

Siden dominansvurderingen i prinsippet ikke bør foretas med mindre foretakene kan bedømmes som en kollektiv enhet vis-a-vis de øvrige markedsaktørene¹⁷⁹ på grunnlag av analysen i *Aitours*, har man ved dominansvurderingen allerede slått fast at det ikke foreligger effektivt konkurransepress. En kollektiv stilling indikerer derfor samtidig at foretakene er dominerende. Spørsmålet om flere foretak utgjør en samlet enhet, er følgelig uløselig bundet til vurderingen av om enheten har en dominerende stilling. Jephcott og Withers påpeker at dette eksemplifiseres i *Airtours*, der Kommisjonen vurderte konsentrasjonsnivået i markedet som relevant for om de tre foretakene skulle adresseres som en enhet.¹⁸⁰

I praksis skiller ikke Kommisjonen bedømmelsen av intern og motstående konkurransebegrensning, men foretar en samlet analyse av omstendighetene på det relevante markedet.¹⁸¹

¹⁷⁵ *United Brands*, avsnitt 65

¹⁷⁶ *Italian Flat Glass*, avsnitt 358

¹⁷⁷ *CMBT*, avsnitt 40

¹⁷⁸ Se bla. Jephcott og Withers, s 301

¹⁷⁹ Jfr., avsnitt 1.2

¹⁸⁰ Jephcott and Withers, s 301

¹⁸¹ Haupt, s 443

3.7 Markedsøkonomisk analyse- nærmere om de konkrete markedene

3.7.1 Innledning

I dette avsnittet skal jeg gi en kortfattet oversikt over de viktigste markedsfaktorene, som er relevante i vurderingen av om flere foretak utgjør en enhet i tilknytning til læren om kollektiv dominans.

Vilkåret for kollektiv dominans i artikkel 82 er at foretakene fører en varig parallell atferd. Den kollektive stillingen kan bero på et oligopolistisk avhengighetsforhold, dersom dette gir tilbyderne anledning til å opptre ensartet på markedet.¹⁸² Hvorvidt det er mulig og rasjonelt for oligopolmedlemmene å etablere en koordinering med sikte på felles profittmaksimering må avgjøres på grunnlag av en bred økonomisk markedsanalyse i den konkrete saken.¹⁸³ Herunder må det foretas en konkret helhetsvurdering av samtlige markedsomstendigheter som kan ha innvirkning på konkurranseforholdene i det relevante marked.¹⁸⁴ Den enkelte faktor kan ikke bedømmes isolert, fordi dens betydning avhenger av samspillet med de øvrige markedsomstendighetene.¹⁸⁵

Ovennevnte fremstilling viser at de materielle vilkårene for kollektiv dominans er de samme under EF- artikkel 82 og fusjonsforordningen. Markedsanalysen vil imidlertid avvike en viss grad under de respektive regelsett. I artikkel 82 må Kommisjonen bevise at det *faktisk* forelå en parallell atferd på tidspunktet for det påståtte misbruk. Her kan Kommisjonen støtte seg på observasjoner av faktisk atferd, og vise *hvorfor* bestemte markedsomstendigheter har resultert i parallell atferd, i stedet for å påvise at disse faktisk har medført en koordinering.¹⁸⁶ I fusjonssaker må Kommisjonen vise hvorfor markedets

¹⁸² Se avsnitt 3.5

¹⁸³ Se *Airtours*, avsnitt 63, med henvisning til *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 222.

¹⁸⁴ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 222 og *Airtours*, avsnitt 63

¹⁸⁵ Briones Alonso Juan F. , "Oligopolistic dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions?" (1995) 16 ECLR 334, s 336

¹⁸⁶ Temple Lang, s 306

særtrekk eventuelt vil *fremme* en konkurransebegrensende atferd, og hvordan fusjonen vil påvirke markedsomstendighetene.¹⁸⁷

Det er derfor fusjonssakene som i størst grad illustrerer hvordan de forskjellige markedsomstendigheten kan øke eller redusere risikoen for parallell atferd. I denne sammenheng henviser jeg også til relevante faktorer omhandlet i Kommisjonens nye retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner.¹⁸⁸ Det kan ikke gis en uttømmende liste over relevante markedsfaktorer, verken på grunnlag av retningslinjene eller praksis.¹⁸⁹ Selv om EF-domstolen ikke er bundet av Kommisjonens avgjørelser vil jeg hen vise til Kommisjonspraksis. I tillegg til at disse sjelden blir forelagt Domstolen, er Kommisjonen innrømmet et visst skjønn hva angår økonomiske vurderinger.¹⁹⁰ Jeg forutsetter i det følgende at faktorene er relevante under artikkel 82. Dette vil spesielt være tilfelle hvor kollektiv dominans er etablert på grunnlag av oligopolistisk avhengighet.¹⁹¹

3.7.2 Betydningen av avtaler, beslutninger og samordnet opptreden¹⁹²

I saker vedrørende kollektiv dominans i artikkel 82 har samarbeidsformene i artikkel 81(1) hittil spilt en betydelig rolle ved bedømmelsen av oligopolistenes innbyrdes forhold.

Man kan derfor utlede av rettspraksis at avtaler, beslutninger og samordnet opptreden er relevante momenter i vurderingen av om foretakene utgjør en kollektiv enhet,

*"...in so far as those links are such as to allow them to adopt...the same line of conduct on that market."*¹⁹³

¹⁸⁷ *Airtours*, avsnitt 63

¹⁸⁸ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, av 30. januar 2004. Disse bygger på eksisterende praksis hva gjelder bedømmelsen av kollektiv dominans, se bla. punkt 4. Retningslinjene behandler kollektiv dominans i punktene 39-57. Selv om retningslinjene er inntatt i en ikke- bindene meddelelse, er de klart en viktig informasjonskilde til Kommisjonens fremgangsmåte.

¹⁸⁹ Retningslinjene, avsnitt 13

¹⁹⁰ Se *Airtours*, avsnitt 64 og *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 223 og 224

¹⁹¹ Det er åpnet for dette i *CMBT*, se avsnitt 3.4

¹⁹² Mer om betydningen av strukturelle forbindelser for muligheten til å etablere parallell atferd, nevnes nedenfor, avsnitt 3.7.3.5

¹⁹³ *TACA*, avsnitt 602

Dette var situasjonen i *CMBT* og *TACA*, hvor rederienes medlemskap i linjekonferansen muliggjorde at de kunne føre en ensartet markedsatferd. Førsteinstansretten poengterer dermed det faktum, at selv om flere foretak er koblet sammen gjennom avtaler, beslutninger av sammenslutninger eller samordnet opptreden i artikkel 81 (1)s forstand, er det ikke et tilstrekkelig vilkår for kollektiv dominans.¹⁹⁴ På den annen side har EF-domstolen påpekt at:

*"..., an agreement, decision or concerted practice may undoubtedly, whether it is implemented or not result in the undertakings concerned being so linked as to their conduct on a particular market that they present themselves on that market as a collective entity..."*¹⁹⁵

Strukturelle relasjoner kan derfor utvilsomt etablere kollektiv dominans, i den grad disse kan bidra til parallell markedsatferd. Dette standpunktet gjelder tilsvarende der en avtale er fritatt under artikkel 81(3).¹⁹⁶ Domstolen klargjorde dermed samspillet mellom artikkel 81 og 82. I de ovennevnte sakene mente EF-domstolen og Førsteinstansretten at linjekonferansene på grunnlag av sin art og sitt formål, medførte at dens medlemmer utgjorde en kollektiv enhet.¹⁹⁷ Rederiene fremsto samlet på markedet fordi de faktisk hadde handlet i henhold til samarbeidsavtalen, og følgelig også parallelt.¹⁹⁸ Avtalene som opprettet prissamarbeidet var derfor ikke *i seg selv* tilstrekkelig for eksistensen av en kollektiv stilling.

3.7.3 Forhold på tilbudssiden

3.7.3.1 Markedets konsentrasjon og markedsandeler

I *Frankrike mot Kommisjonen* bemerket EF-domstolen at fusjonsforetakene, Kali und Salz AG og Mitteldeutsche Kali AG, samt et annet foretak på markedet, SCPA ville få

¹⁹⁴ *CMBT*, avsnitt 43

¹⁹⁵ *CMBT*, avsnitt 44

¹⁹⁶ *CMBT*, avsnitt 44

¹⁹⁷ *TACA*, avsnitt 601 og *CMBT*, avsnitt 47-48

¹⁹⁸ *CMBT*, avsnitt 54

markedsandeler på henholdsvis 23 % og 37 % etter fusjonen. I tilknytning til dette uttalte den:

" A market share of approximately 60 % subdivided that way, cannot in itself point conclusively to the existence of a dominant position on the part of those undertakings. " 199

Presumsjonen i *AKZO mot Kommisjonen*,²⁰⁰ at et foretak er dominerende når det har markedsandeler på 50 % eller mer på det relevante markedet, kan derfor ikke anvendes i saker vedrørende kollektiv dominans.²⁰¹ Høy grad av tilbudskonsentrasjon er kun en første indikasjon på kollektiv dominans, og følgelig har faktoren mindre betydning enn ved individuell dominans.²⁰²

Konsentrasjonsnivået²⁰³ på tilbudssiden er derimot den faktoren som danner utgangspunktet for oligopolistenes mulighet til å etablere en parallell atferd. Betydningen av oligopolistenes samlede markedsandeler beror på de strukturelle forholdene i det relevante markedet.²⁰⁴ I fravær av særlige omstendigheter, kan svært høye markedsandeler være et tungtveiende moment for kollektiv, så vel som for individuell dominans.²⁰⁵ Konsentrasjonsnivået avhenger av antall oligopolister²⁰⁶ og summen av deres markedsandeler. Generelt sett er det slik at jo flere medlemmer det i er oligopolet, jo mindre er risikoen for parallell atferd.²⁰⁷ Markedstransparensen vil blant annet reduseres, slik at det er vanskeligere å etablere en koordinert atferd, samt å oppdage og straffe avvik

¹⁹⁹ *Frankrike mot Kommisjonen*, avsnitt 226

²⁰⁰ C-62/86 *Akzo mot Kommisjonen* [1991] ECR I-3359

²⁰¹ Whish, s 532

²⁰² *Gencor*, avsnitt 206

²⁰³ Den generelle betydningen av markeds konsentrasjon og markedsandeler er omtalt i Kommisjonens retningslinjer, punkt 14-21

²⁰⁴ Dette er påpekt av Førsteinstansretten i *Gencor*, avsnitt 201

²⁰⁵ *Gencor*, avsnitt 205- 206, samt *TACA*, avsnitt 907

²⁰⁶ Temple Lang, s 33-34. Enkelte økonomer nevner en grense på ti-tolv tilbydere for om markedet kan være disponert for parallell atferd.

²⁰⁷ Se Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 45

fra denne.²⁰⁸ Jo flere oligopolister markedet består av, jo mindre blir den langsiktige fordelene ved parallell atferd, fordi profitten må fordeles mellom flere. Dette vanskeliggjør koordinert atferd.²⁰⁹

Kommisjonen har påpekt at kollektiv dominans er usannsynlig i markeder med mer enn tre eller fire oligopolmedlemmer.²¹⁰ Det har foreløpig ikke skjedd at flere enn to tilbydere har blitt ansett for å være kollektivt dominante.²¹¹

Kollektiv dominans har heller ikke blitt konstatert der foretakenes samlede markedsandel har vært under 60 %. Kommisjonen har i praksis foretatt inngående undersøkelser av duopoler med samlet markedsandel på over 50 %.²¹² Før øvrig er det vanskelig å si noe generelt om, ved hvilke terskelverdier Kommisjonen vil oppta en sak til vurdering.

Fordelingen av markedsandelene mellom aktørene, kan påvirke muligheten til å innføre en konkurransebegrensende parallell atferd.²¹³ Symmetriske markedsandeler vil lette etableringen av parallell atferd fordi dette indikerer like kostnadsstrukturer.²¹⁴ Motsatt vil asymmetriske markedsandeler være en faktor som reduserer sannsynligheten for koordinert atferd. Asymmetrien indikerer at tilbyderne produserer differensierte produkter og/eller tjenester, og har forskjellige kostnader i den forbindelse. Det er derfor vanskelig å etablere en parallell atferd.²¹⁵

²⁰⁸ Briones (1995), s 337

²⁰⁹ Ivaldi mfl., s 12

²¹⁰ IV/M. 1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* [1999], avsnitt 103

²¹¹ I *Airtours* forbød Kommisjonen en fusjon som ville lede til kollektiv dominans mellom tre aktører. Avgjørelsen ble imidlertid annullert av Førsteinstansretten.

²¹² Briones (1995), s 337

²¹³ Briones (1995), s 338

²¹⁴ Briones (1995), s 343, jfr. avsnitt 3.7.3.3

²¹⁵ Ivaldi mfl. (2003), s 15

3.7.3.2 Markedets gjennomsiktighet

Denne faktoren har betydning for samordningens stabilitet og for muligheten til å etablere parallell atferd i utgangspunktet.²¹⁶ Uten en viss grad av gjennomsiktighet, det vil si tilgang på informasjon om de øvrige oligopolistenes priser, kapasitet og salgsvolum, er det ikke mulig for hver enkelt å overvåke de øvriges atferd og tilpasse seg deretter. Graden av markedstransparens øker jo færre tilbydere det er i markedet,²¹⁷ og kan påvirkes av oligopolistene selv. Eksistensen av prislister og systemer for informasjonsutveksling, er viktig i den forbindelse.²¹⁸ Generelt vil markedet være mer transparent i homogene enn i heterogene produktmarkeder, fordi konkurransen da vil begrense seg til faktorer som pris og kvantitet.

3.7.3.3 Strukturelle likheter

Strukturelle likheter (symmetrier) antyder at foretakene vil oppnå like stor fortjeneste ved parallell atferd. Symmetrier inkluderer markedsandeler, som er behandlet i avsnitt 3.7.3.1, kostnadsstrukturer, kapasitet og vertikal integrasjon.

Forholdet mellom aktørenes kostnadsstrukturer påvirker deres mulighet til å etablere en parallell atferd, samt stabiliteten av denne.²¹⁹ Like kostnadsstrukturer gir tilbyderne en grunn til å koordinere sin atferd, fordi kostnadsstrukturen blant annet påvirker deres prispreferanse.²²⁰ Motsatt vil ulik kostnadsstruktur foranledige uenighet i tilknytning til hvilken pris oligopolistene ønsker å føre på markedet.

Ulike grader av vertikal integrasjon vil generelt sett redusere muligheten for å innføre en parallell atferd.²²¹ Årsaken er at ulike grader av vertikal integrasjon påvirker kostnadsstrukturen, og følgelig kan gi uttrykk for forskjellig kostnadsbilde. Forskjeller i

²¹⁶ *Airtours*, avsnitt 62 og Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 49

²¹⁷ *Gencor*, avsnitt 228

²¹⁸ *Gencor*, avsnitt 228 og 229, hvor markedet var gjennomsiktig fordi platina var notert på metallbørsene.

²¹⁹ *Gencor*, avsnitt 218-222

²²⁰ IV/M. 0190 *Nestle/Perrier* [1992], avsnitt 125

²²¹ Temple Lang, s 320

vertikal integrasjon kan også reflektere ulike strategiske interesser og derfor gjøre parallell atferd problematisk.²²²

I dette avsnittet nevner jeg til slutt at generell overskuddskapasitet i bransjen kan gi aktørene foranledning til å etablere en parallell atferd.²²³ Overskuddskapasitet kan her utgjøre en effektiv trussel om straff, fordi et oligopolmedlem ikke finner det lønnsomt å redusere prisen med tanke på økt salg, fordi de øvrige oligopolistene vil gjøre det samme. Overskuddskapasitet kan på denne måten hindre avvik. Parallell atferd er på den annen side mindre sannsynlig når en oligopolist med overskuddskapasitet kan oppnå høye marginalgevinster på ytterligere salg. Oligopolisten kan da øke sin individuelle fortjeneste gjennom å øke produksjonen og kutte prisen under konkurrentenes pris.²²⁴

3.7.3.4 Produkthomogenitet og innovasjon

Produkthomogenitet gjør det enklere å koordinere priser og oppdage avvik fra den parallelle pris.²²⁵ Et homogent produktmarked kan indikere at markedet er modent med hensyn til teknologisk utvikling. I *Gencor* sa Retten at fravær av teknologisk utvikling på et marked ikke utelukker muligheten for konkurranse, men fjerner en viktig kilde til den.²²⁶ Motsatt vil produktheterogenitet vanskeliggjøre parallell atferd, ettersom produktdifferensiering gjør prissettingen mer kompleks og resulterer i ulike priser. Dette vil også svekke markedstransparensen. I *Airtours* medførte produktheterogeniteten mellom aktørene, at det var svært problematisk for dem å samordne sine kapasitetsbeslutninger.²²⁷ Hvis markedet er innovativt, vil sannsynligheten for parallell atferd være redusert, fordi innovatøren her kan oppnå fordeler fremfor konkurrentene.²²⁸

²²² Briones (1995), s 344

²²³ Temple Lang, s 310

²²⁴ Stroux, s 9

²²⁵ Briones (1995), s 339 og Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 45. I *Gencor/Lonrho*, avsnitt 159 konkluderte Kommisjonen med at markedet bla. var produkthomogent, og derfor disponert for oligopolistisk dominans.

²²⁶ *Gencor*, avsnitt 226, *Nestle/Perrier* avsnitt 126

²²⁷ *Airtours*, avsnitt 167-169

²²⁸ Se Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 47 og Briones (1995), s 340

3.7.3.5 Strukturelle forbindelser

Strukturelle forbindelser mellom oligopolmedlemmene som omhandlet i artikkel 81(1) kan øke sannsynligheten for parallell atferd. Lovgivning²²⁹ og andre regler som regulerer markedsaktørenes atferd er også relevante i denne sammenheng. Som nevnt er slike relasjoner bare relevante i den grad de bidrar til koordinert atferd.²³⁰ Strukturelle bånd kan for eksempel styrke stabiliteten av en samordning hvis de inneholder grunnlag for avstraffelse ved avvik. Dette var som nevnt tilfellet i *TACA*. Betydningen av strukturelle bånd mellom oligopolmedlemmene i det konkrete tilfellet, avhenger av relasjonens art og sammenhengen med de øvrige markedsomstendighetene.²³¹

I *Airtours/First Choice* la Kommisjonen vekt på forretningsforbindelsene mellom tilbyderne, og mente disse ville øke markedets gjennomsiktighet og det gjensidige avhengighetsforholdet mellom dem. Førsteinstansretten mente imidlertid at Kommisjonen ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at forbindelsene ville fremme en parallell atferd etter fusjonen.²³²

I *Gencor* hadde duopolistene kontraktmessige relasjoner i en rekke markeder, blant annet en kartellavtale på diamantmarkedet. Til tross for at forbindelsene forelå på et tredjemarked, ble de vektlagt fordi de økte risikoen for represalier på det relevante markedet. Såfremt forbindelsene muliggjør ensartet markedsatferd, er det derfor uten betydning at disse er etablert på andre produktmarkeder.²³³

3.7.3.6 Markedsvekst

Dette forholdet kan påvirke sannsynligheten for parallell atferd. Stillestående markeder vil generelt redusere oligopolmedlemmenes grunnlag for intern konkurranse, fordi en økning i

²²⁹ Temple Lang påpeker på s 330, at kollektiv dominans kan være et resultat av statlige tiltak.

²³⁰ Jfr., ovenfor avsnitt 3.7.2

²³¹ Se Temple Lang, s 326-330 hvor det gis en omfattende redegjørelse for betydningen av strukturelle forbindelser.

²³² *Airtours*, avsnitt 285 flg.

²³³ *Gencor*, avsnitt 280-281

markedsandeler vil gå på bekostning av de øvrige aktørene i oligopolet.²³⁴

Markedsstagnasjon er ofte en følge av at teknologien i markedet er moden, slik at innovasjon²³⁵ ikke har betydning for tilbyderens konkurransevilkår.

3.7.4 Forhold på etterspørselssiden

3.7.4.1 Svingninger i etterspørselen og etterspørselsselastisitet

Svingninger i etterspørselen kan hindre parallell atferd.²³⁶ I *Airtours* mente Retten blant annet at den ustabile etterspørselen ville gjøre det vanskelig for foretakene å skille mellom avvik fra koordineringen og tilpasninger til endringer i etterspørselen.²³⁷ Graden av etterspørselsselastisitet er også et relevant forhold. Lav priselastisitet kan i følge rettspraksis gi oligopolistene foranledning til å innføre en parallell atferd. I *Gencor/Lonrho* påpekte Kommisjonen at markedet for platinametall var preget av inelastisk etterspørsel, som var et argument for at oligopolet ikke var konkurransedyktig.²³⁸ I en slik situasjon utgjør prisen en mindre viktig faktor ved kundenes valg av leverandør. Oligopolistene taper derfor på å konkurrere internt, fordi kundene uansett vil kjøpe produktet til en høyere pris.²³⁹ Det vil være mindre å tjene på en felles prisøkning hvis markedet er karakterisert ved høy etterspørselsselastisitet. Her eksisterer det som regel nære substitutter som kundene vil kjøpe dersom oligopolmedlemmene øker prisen.²⁴⁰

3.7.4.2 Kjøpermakt og kundeinnflytelse

Kundenes kjøpekraft kan utligne de markedsfaktorer som ellers fremmer koordinert atferd i oligopolmarkeder.²⁴¹ En sterk kjøpermakt kan undertiden tvinge oligopolmedlemmene til å

²³⁴ F. eks *Gencor*, avsnitt 233 og 237. Her ble en årlig tilvekst på tre % i en fem års periode, ansett for å fremme parallell atferd. Se Briones (1995), s 340

²³⁵ Jfr., avsnitt 3.7.3.4

²³⁶ *Airtours*, avsnitt 139

²³⁷ *Airtours*, avsnitt 146

²³⁸ *Gencor/Lonrho*, avsnitt 141 (a)

²³⁹ *Gencor*, avsnitt 149

²⁴⁰ Briones (1995), s 340

²⁴¹ *Airtours*, avsnitt 210, jfr. avsnitt 270-276

konkurrere seg i mellom.²⁴² Generelt sett vil store mektige kunder, lettere enn små, utgjøre en motvekt til oligopolmedlemmenes markedsrett. Styrket konsentrasjon på kjøpersiden, vil øke konkurransepresset mot oligopolistene fordi kampen om kundene blir stadig viktigere.²⁴³ Kundenes kjøperrett avhenger blant annet av deres mulighet til å skifte tilbyder ved en eventuell prisøkning.²⁴⁴ Kjøperrett kan i en viss grad økes gjennom innkjøpsstrategi, for eksempel ved at kunden gjør en stor del av sine innkjøp hos en tilbyder eller tilbyr langtidskontrakter.²⁴⁵ I *Gencor/Lonrho* påpekte Kommisjonen at oligopolet var konkurransebegrensende, blant annet fordi kundenes styrke utgjorde en ubetydelig motvekt til tilbyderens markedsrett.²⁴⁶

3.7.5 Faktisk og potensiell konkurranse

Muligheten til å føre en vedvarende parallell atferd kan hindres, hvis flere mindre konkurrenter kan utøve et konkurransepress mot oligopolmedlemmene.²⁴⁷ Dette ble blant annet vurdert i *Airtours*, hvor markedet besto av flere hundre reisearrangører i tillegg til de tre store oligopolistene. Retten sa det avgjørende er om konkurrentene samlet sett kan utjevne den konkurransebegrensning som eventuelt følger av fusjonen.²⁴⁸ Kommisjonen hadde derfor feilaktig krevd at små tilbydere måtte være av en viss størrelse, slik at de kunne konkurrere på et visst nivå. Kundenes mulighet til å skifte leverandør har også betydning for om det foreligger faktisk konkurranse.²⁴⁹

²⁴² Briones (1995), s 343 og 345

²⁴³ Se f. eks *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, avsnitt 84, hvor tre kunder med 60-80% av markedet forhindret kollektiv dominans.

²⁴⁴ Jfr. Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 65 note 81

²⁴⁵ Risikoen for parallell atferd var begrenset som følge av dette i sak IV/M 0358, *Pilkington Techint/SIV* [1994], avsnitt 56.

²⁴⁶ *Gencor/Lonrho*, avsnitt 141 (a)

²⁴⁷ *Nestle/Perrier*, avsnitt 76 og ovenfor avsnitt 3.6.4

²⁴⁸ *Airtours*, avsnitt 213

²⁴⁹ Se *TACA*, avsnitt, 924, 928 og 971, hvor konkurrentene ikke kunne utøve noen reell konkurranse mot konferansen. Begrunnelsen var at kundene ikke hadde særlig mulighet til å skifte leverandør dersom oligopolistene økte prisene, og fordi konkurrentene i praksis fulgte konferansens priser, slik at de ikke var selvstendige prissettere.

Sannsynligheten for at potensielle konkurrenter kan etablere seg på markedet har avgjørende betydning for oligopolistenes adgang til å innføre en parallell atferd.²⁵⁰ Fravær av etableringshindringer utelukker kollektiv dominans, fordi forsøk på å opprettholde felles profittmaksimering vil tiltrekke potensielle tilbydere som vil ta del i overskuddet.²⁵¹ I hvilken grad etableringshindringer begrenser ny markedstilgang beror på en konkret vurdering. Etableringsbarrierer betyr i denne sammenheng, alle markedsstrekke som gir etablerte foretak en fordel på bekostning av potensielle konkurrenter.²⁵² En etableringshindring kan eksempelvis bestå av lovmessige restriksjoner, høye etableringskostnader, stillestående etterspørsel eller sterk kundelojalitet.²⁵³

Hva gjelder omfanget av en potensiell markedstilgang, er det ikke avgjørende at nykommerne kan oppnå en slik størrelse at de kan konkurrere på lik linje med oligopolmedlemmene. Spørsmålet er om de kan kompensere for de skadelige virkningene av en eventuell prisøkning eller kapasitetsbegrensning fra oligopolistenes side.²⁵⁴

3.7.6 Avveining av faktorene

De ovennevnte faktorene er alle relevante i vurderingen av kollektiv dominans. Vekten av markedsfaktorene, vil imidlertid variere med forholdene i den enkelte sak. Faktorene kan derfor ikke tillegges en typisk vekt på et bestemt marked.²⁵⁵ Som vi har sett er enkelte av faktorene nødvendige for eksistensen av kollektiv dominans. Varig parallell atferd forutsetter blant annet at de øvrige markedsaktørene ikke representerer et effektivt konkurransepress mot oligopoldeltakerne. På den annen side er ingen av faktorene tilstrekkelige til å konstatere kollektiv dominans; selv om oligopolmedlemmene

²⁵⁰ F. eks *Airtours*, avsnitt 210, jfr., avsnitt 62

²⁵¹ De vil derfor forpurre fordelene ved koordineringen, jfr. ovenfor avsnitt 3.6.4

²⁵² Jfr. Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 70

²⁵³ I *Nestle/Perrier*, avsnitt 90-107 og 130 ble høye etableringshindre identifisert som summen av en rekke forhold, inkludert de ovennevnte faktorene.

²⁵⁴ *Airtours*, avsnitt 266

²⁵⁵ Briones (1995), s 347

eksempelvis ikke er utsatt for konkurransepress, kan ikke parallell atferd etableres hvis markedstransparensen er lav.

Andre faktorer er mer relative fordi deres stimulering av risikoen for parallell atferd er avhengig av samspillet med øvrige markedsomstendigheter. Dette er tilfellet for graden av markedskonsentrasjon, produkthomogenitet, priselastisitet og strukturelle forbindelser. Konkurransesituasjonen i et oligopol vil derfor alltid være særpreget av den spesielle kombinasjonen av markedsfaktorene.²⁵⁶ I *Gencor/Lonrho* konkluderte Kommisjonen med at det relevante markedet var konkurransebegrensende, som følge av kombinasjonen av omstendighetene på tilbuds- og etterspørselsiden.²⁵⁷

Tilstedeværelsen av bestemte markedsomstendigheter, kan på den annen side avkrefte faren for kollektiv dominans.²⁵⁸ Dette er tilfellet dersom etableringshindrene i markedet er lave. Sannsynligheten for varig, parallell atferd er også liten i dynamiske markeder med rask teknologisk utvikling. Her vil innovasjon vanskeliggjøre koordinering.

4 Misbruk av kollektiv dominans

4.1 Innledning

Jeg presiserer igjen at artikkel 82 ikke forbyr markedsdominans, men misbruk av en slik posisjon. Artikkel 82 anerkjenner derfor konsentrerte markedsstrukturer som følge av at en aktør har vesentlig større markedsrett enn de andre.²⁵⁹ I en artikkel 82- sak er det følgelig avgjørende at Kommisjonen kan bevise at misbruk har forekommet, for eksempel i form av urimelige priser eller forretningsvilkår som nevnt i artikkel 82(2) litra (a).

De handlinger som utgjør et misbruk, vil i stor grad være de samme i tilfeller av henholdsvis kollektiv og individuell dominans.²⁶⁰ Artikkel 82(2) angir en ikke-uttømmende

²⁵⁶ Briones (1995), s 347

²⁵⁷ *Gencor/Lonrho*, avsnitt 159

²⁵⁸ Temple Lang, s 334

²⁵⁹ Sejersted mfl., s 548

²⁶⁰ Temple Lang, s 355

²⁶¹ liste over handlinger karakterisert som misbruk. Teorien skiller mellom utnyttende og ekskluderende misbruk, selv om det ikke alltid kan trekkes en klar grense mellom disse atferdsformene.²⁶² I det følgende vurderer jeg de særlige spørsmål misbrukskriteriet reiser i tilknytning til kollektiv dominans.²⁶³

4.2 Dominerende foretaks særlige ansvar

Selv om artikkel 82 ikke forbyr markedsdominans *i seg selv*, har dominerende foretak et skadepotensiale.²⁶⁴ EF- domstolen har derfor i *Michelin mot Kommisjonen* ²⁶⁵ uttrykkelig pålagt dominerende foretak en ”særlig forpliktelse”, for at de ved sin atferd ikke begrenser restkonkurransen i markedet. Den særlige forpliktelsen innebærer at atferd som i utgangspunktet fremstår som legitim forretningsførsel kan utgjøre et misbruk.²⁶⁶ Dette betyr eksempelvis at foretakene må avstå fra handlinger som *i seg selv* er lovlige og rasjonelle. Domstolen har derfor lagt til grunn en streng norm for vurderingen av dominerende foretaks atferd.²⁶⁷ I *CMBT* uttalte EF- domstolen at den faktiske rekkevidden av ansvaret må vurderes konkret,

“...in the light of the specific circumstances in each case which shows that competition has been weakened.”

²⁶⁸

Konsekvensen er følgelig at samme type atferd kan utgjøre et misbruk når den er foretatt av et dominerende foretak, men ikke av et annet.²⁶⁹ Generaladvokat Fennelly hevdet i samme

²⁶¹ Jfr., f. eks *CMBT*, avsnitt 112, med henvisning til *Continental Can mot Kommisjonen*, avsnitt 26

²⁶² Kommisjonen skilte selv mellom disse misbrukskategoriene i IV/D-1/37.143 *P&I Clubs* [1999], avsnitt 127-136.

²⁶³ Jones and Sufrin uttaler på s 836, at det mest problematiske ved anvendelsen av artikkel 82 ovenfor kollektivt dominante foretak, er å avgjøre når disse har gjort seg skyldig i misbruk.

²⁶⁴ Når et foretak har makt til å påvirke tilbudt mengde og dermed prisene, har de også potensiale til ved ren maktutøvelse å hindre at de øvrige tilbyderne kan utvide sin markeds makt på bekostning av det dominerende foretaket, eller til og ytterligere begrense de øvrige aktørenes frihet. Jfr., Sejersted mfl., s 559

²⁶⁵ 322/81 *Michelin mot Kommisjonen* [1983] ECR 3461, avsnitt 57

²⁶⁶ Jones and Sufrin, s 279

²⁶⁷ Sejersted mfl., s 559

²⁶⁸ *CMBT*, avsnitt 114

²⁶⁹ Whish, s 189

sak, at sannsynligheten for å fastslå misbruk øker dersom foretaket innehar en stilling tilnærmet et monopol.²⁷⁰ Til tross for at EF- domstolen ikke uttrykkelig støttet dette standpunktet i den konkrete avgjørelsen, påpekte den at medlemmene av Cewal hadde en samlet markedsandel på over 90 prosent og kun en konkurrent.²⁷¹ På dette grunnlag stadfestet EF- domstolen at konferansen hadde gjort seg skyldig i misbruk, samtidig som den åpnet muligheten for at samme atferdstype kunne ha vært lovlig dersom foretakene hadde hatt lavere markedsandel og flere konkurrenter. Parallell atferd vil derfor lettere utgjøre et misbruk når foretakenes samlede markedsandel er høy.

Ved bedømmelsen av om en atferd er konkurransebegrensende vurderer EF- domstolen om tiltaket kan sies å være utslag av en "normal" konkurranseatferd på markedet, eller om de midler som benyttes innebærer avvik fra en slik atferd.²⁷² Dersom et dominerende foretak eksempelvis tilbyr et førsteklasses produkt til en lav pris, som reflekterer dets kostnader, misbruker det ikke sin stilling.²⁷³ Så lenge artikkel 82 ikke forbyr den dominerende stillingen *i seg selv*, må en dominerende markedsaktør kunne tilpasse seg innefor den eksisterende markedsstruktur. En dominerende markedsaktør som ekskluderer konkurrenter som følge av overlegen økonomisk effektivitet eller bedre ytelser, har ikke brutt artikkel 82.²⁷⁴ Det er i konkurransens natur å påføre konkurrentene økonomisk skade.

Ved kollektiv dominans basert på oligopolistisk avhengighet, er foretakenes parallelle atferd et resultat av rasjonell markedstilpasning. Man kan derfor ikke karakterisere koordineringen som et utslag av avvik fra normal konkurranseatferd. Kommisjonen har ikke ansett artikkel 82 for å forby parallell atferd *i seg selv*. I motsatt fall ville bestemmelsen inneholdt et forbud mot at oligopolistene opptrer i samsvar med det som er rasjonelt på markedet.²⁷⁵

²⁷⁰ Jfr. Generaladvokat Fennellys redegjørelse for monopolers og kvasimonopolers superdominans, og det spesielle avsvaret som påhviler dominerende foretak som har en stilling tilnærmet et monopol, avsnitt 136 i hans uttalelse i *CMBT*.

²⁷¹ *CMBT*, avsnitt 119

²⁷² F. eks *Hoffmann - La Roche*, avsnitt 91

²⁷³ *Jones and Sufrin*, s 281

²⁷⁴ *Whish*, s 199

²⁷⁵ *Whish*, s 527

Kollektivt dominante foretak kan imidlertid, som følge av sin ”særlig forpliktelse” i prinsippet gjøre seg skyldig i misbrukshandlinger, selv om relasjonen mellom dem utelukkende består i et oligopolistisk avhengighetsforhold. Spørsmålet i denne sammenheng er om det påståtte misbruket medfører, at opprettholdelsen og utviklingen av konkurransen på markedet faktisk eller potensielt blir begrenset.²⁷⁶

Det foreligger derfor misbruk når den parallelle atferden utgjør et brudd på den nevnte plikten, fordi den direkte eller indirekte forstyrrer den effektive restkonkurransen på markedet i strid med traktatens formål, jfr. artikkel 3(g). Det vil fremgå nedenfor at dette kan være praktisk ved kollektiv dominans, siden parallell atferd typisk vil forhindre nyetableringer,²⁷⁷ samt ha til formål eller virkning å eliminere eksisterende konkurranse.²⁷⁸ I fravær av slike virkninger, kan atferden ikke karakteriseres som misbruk i artikkel 82s forstand.²⁷⁹

Aktører som i utgangspunktet ikke har en dominerende stilling, kan på grunnlag av læren om kollektiv dominans inneha markedsrett sammen med andre foretak, fordi de tilpasser seg markedsforholdene på en rasjonell måte. Disse foretakene har derfor blitt pålagt et større ansvar i samsvar med prinsippet i *Michelin*.

4.3 Utnyttende misbruk

Utnyttende misbruk er atferd som er skadelig for kunder og forbrukere. Dersom etterspørerne stilles ovenfor byrdefulle markedsvilkår, eksempelvis priser over konkurranseprisen, er dette resultatet av at konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende.²⁸⁰ Det kan anføres at parallell atferd i oligopolmarkeder er utnyttende, fordi prisene blir høyere enn om foretakene hadde konkurrert internt. Som nevnt forbyr ikke artikkel 82 parallell atferd *i seg selv*. Artikkel 81(1) rammer heller ikke slik atferd, dersom den ikke er et resultat av en avtale eller samordnet opptreden. På den annen side betyr ikke dette at

²⁷⁶ Se f. eks *Michelin*, avsnitt 71

²⁷⁷ Dette forutsetter eksistensen av høye etableringshindringer.

²⁷⁸ Kollektiv dominans må her være basert på strukturelle relasjoner, jfr. avsnitt 4.4

²⁷⁹ Whish, s 199

²⁸⁰ Sejersted mfl., s 561

misbrukslæren i artikkel 82 er uanvendelig ovenfor koordinert atferd i oligopolmarkeder.²⁸¹

Til tross for at parallell atferd ikke er ulovlig *i seg selv*, medfører foretakenes ”særlig forpliktelse” en viss begrensning i oligopolistenes handlefrihet.

Utviklingen av læren om kollektiv dominans har, som vist i avsnitt 3 vært spesielt viktig under fusjonsforordningen. Læren har utviklet seg i tilknytning til den økonomiske teorien om koordinerte virkninger i oligopolmarkeder. Spørsmålet er videre om ovennevnte synspunkt gjør fusjonsforordningen uforenlig med artikkel 82; forordningen hjemler forbud mot fremtidig parallell atferd, men dersom denne atferden faktisk blir realisert rammes den ikke automatisk av forbudet i artikkel 82.²⁸² Forholdet mellom reglene har imidlertid en logisk forklaring. Fusjonsforordningen gir Kommisjonen hjemmel til å motvirke markedsstrukturer som bidrar til konkurransebegrensende parallell atferd, nettopp fordi det er problematisk å regulere slik atferd når den oppstår.

²⁸¹ Giorgio Monti, “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC” [2001] 38 CMLRev, s 145-146

²⁸² Whish, s 527

Poenget er formulert av Retten i *Gencor*:

*”...Fællesskabets kompetence er således i første række baseret på behovet for å undgå, at der etableres markedsstrukturer, der kan skape eller styrke en dominerende stilling, og ikke på nødvendigheden af direkte at kontrollere eventuelle misbruk af en dominerende stilling.”*²⁸³

Kollektivt dominante foretak kan i prinsippet foreta utnyttende misbrukshandlinger, selv om relasjonen mellom dem består utelukkende i et gjensidig avhengighetsforhold. Dette kan de gjøre, eksempelvis ved å innføre ”urimelige” eller ”utilbørlige” priser. Misbruket består da ikke av prisparalleliteten *i seg selv*, men i prisenivået. Artikkel 82 (2) (a) forbyr urimelig høye priser, og det ingen grunn til å skjelne mellom kollektivt og individuelt dominante prissettere i denne sammenheng.²⁸⁴ Etter min mening kan det imidlertid fremstå som urimelig ovenfor oligopolistene, hvis høye priser skal utgjøre et misbruk og bøtelegges, siden prisenivået i oligopolmarkeder er en konsekvens av tilbyderens rasjonelle markedstilpasning.

Sanksjoner ovenfor ”utilbørlige” priser i oligopolmarkeder vil være svært sjeldne. Kommisjonen har vært motvillig til å gripe inn og regulere priser; i praksis er det vanskelig å avgjøre om en pris er ”urimelig”. Slike undersøkelser vil som regel være motivert av andre hensyn enn mistanke om misbruk, for eksempel at prisen forhindret parallellimport.²⁸⁵

I tillegg er det problematisk å fastslå den ”riktige” prisen i et marked, som ivaretar en ønskelig fordeling av det samfunnsmessige overskuddet mellom tilbyderne og etterspørerne. Jeg påpeker også at ”utilbørlige” priser i utgangspunktet heller ikke kan reguleres for å ivareta hensynet til en best mulig allokeringseffekt. Årsaken er at det er vanskelig å avgjøre hvor grensen går mellom en akseptabel og urimelig pris, herunder hva som er det riktige balansepunktet for det relevante markedet. Dersom man bommer i

²⁸³ *Gencor*, avsnitt 106

²⁸⁴ Whish, s 527-528

²⁸⁵ Whish, s 528

vurderingen kan det få større skadevirkninger for markedets funksjon enn uten en prisregulering.²⁸⁶

Ved kollektiv dominans, vil foretakene ha markedsmakt til å redusere produksjonen og øke prisene. En produksjonsbegrensning kan derfor innebære at forbrukerne blir fratatt varer og tjenester de kunne ha skaffet seg på et konkurransedyktig marked. Dette kan utgjøre et misbruk under artikkel 82(2) litra (b) som forbyr å ”begrense produksjon, omsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne”. En produksjonsbegrensning basert utelukkende på oligopolistisk avhengighet vil ikke være ulovlig *i seg selv*. Her vil det ovennevnte rimelighetshensyn også kunne komme oligopolistene til gode. I slike situasjoner vil det også være problematisk å fastsette grensen for når markedsresultatet faktisk er skadelig for forbrukerne.

På bakgrunn av det ovennevnte mener jeg at utnyttende misbruk basert på oligopolistisk avhengighet, ikke er spesielt praktisk.

Kommisjonen undersøkte imidlertid sistnevnte type misbruk i *P&I* saken. Tilbyderne var her sammenslutninger av rederier som tegnet forsikringer for sine medlemmer.

Kommisjonen fant at rederiene hadde misbrukt sin kollektivt dominerende stilling, fordi de hadde innskrenket dekningsomfanget på forsikringene og utnyttet kundene ved å bare tilby et produkt. I følge Kommisjonen var dette i strid med litra (b), siden en vesentlig del av etterspørselen ikke ble dekket.²⁸⁷

4.4 Ekskluderende misbruk

Ekskluderende eller konkurransebegrensende misbruk, er tiltak som tar sikte på å skade konkurrenter ved og forverre deres konkurransesituasjon. Det må anses rimelig at forbudet mot konkurransebegrensende misbruk av dominerende stilling, også rammer kollektivt dominante foretak.

²⁸⁶ Sejersted, mfl., s 561 anfører dette som et argument mot regulering av ”utilbørlige” priser.

²⁸⁷ *P & I*, avsnitt 128. En regelendring innad i *P&I* medførte imidlertid at Kommisjonen ikke burde treffe en formell avgjørelse.

Artikkel 82 har en rekke ganger vært anvendt ovenfor ekskluderende misbruk av kollektiv dominans. Denne type misbruk er derfor praktisk i disse tilfellene, og vil typisk bestå i tiltak som har til formål eller virkning å forhindre nyetableringer eller ekskludere eksisterende konkurrenter på det relevante markedet.²⁸⁸ Siden stabil parallell atferd forutsetter mangel på effektivt konkurransepress fra ikke- oligopolister, vil eliminering av konkurrenter øke sannsynligheten for kollektiv dominans. Forutsatt at et fåtall aktører gjennom parallell atferd, kan øke prisen over konkurranseprisen, vil følgelig effekten av nyetableringer i markeder disponert for dette fenomenet, vanskeliggjøre slik koordinering.²⁸⁹ Konkurrenters inntreden på oligopolmarkeder, er derfor viktig for å begrense de skadelige virkningene av en slik markedsstruktur. Kommisjonen vil sannsynligvis undersøke påstander om misbruk av kollektiv dominans inngående, der disse kommer fra faktiske eller potensielle konkurrenter som kan begrense parallell atferd i markedet.²⁹⁰

I *Cewal* fastslo Kommisjonen at de kollektivt dominante medlemmene av linjesamarbeidet var skyldig i ekskluderende misbruk som følge av forskjelligartet praksis, herunder selektiv prisreduksjon og benyttelse av lojalitetsrabatter, med et umiddelbart formål om å eliminere konkurrenter fra markedet. Misbruket ble godtatt under ankebehandlingen av Førsteinstansretten og EF- domstolen. I *TACA* fant Kommisjonen at medlemmene av linjesamarbeidet hadde misbrukt sin kollektivt dominerende stilling, blant annet ved å avtale en begrensning i tilgangen og omfanget av individuelle serviceavtaler til sine kunder. I realiteten medførte dette at medlemmene nektet å levere transportytelser på vilkår som ikke var kollektivt avtalte. *TACA* hadde også forsøkt å styrke sin dominerende stilling, hovedsakelig ved å sikre at potensielle konkurrenter ikke fikk tilgang til markedet før de hadde blitt medlemmer av samarbeidet. Atferden hindret derfor muligheten for nyetableringer.²⁹¹

²⁸⁸ Trond Skogly og Alf Kirkesæther, *Konkurranserett*, Oslo 2000, s 185

²⁸⁹ Whish, s 528

²⁹⁰ Whish, s 529

²⁹¹ Førsteinstansretten mente imidlertid at Kommisjonen ikke hadde påvist at tiltakene mellom foretakene medførte at potensielle konkurrenter ble tvunget inn i *TACA*- samarbeidet.

I de ovennevnte linjekonferanse avgjørelsene forbød Kommisjonen atferd som hadde til formål å eliminere foretak som forsøkte å konkurrere utenfor konferansen. Den parallelle atferden var en følge av at medlemmene handlet i overensstemmelse med de strukturelle forbindelsene dem i mellom.

Jones og Sufrin hevder det er vanskelig å forestille seg hvordan foretak som er kollektivt dominante basert utelukkende på strukturen i oligopolmarkeder, kan gjøre seg skyldig i enkelte typer ekskluderende misbruk som følge av rendyrket parallell atferd.²⁹²

Leveringsnektelser, eller eliminering av eksisterende konkurrenter på markedet, kan eksempelvis ikke være et resultat av denne type koordinering. Det er derfor en grense for hvilke misbrukshandlinger som kan begås utelukkende på grunnlag av et gjensidig avhengighetsforhold. Selv om kollektivt dominante foretak har en "særlig forpliktelse", er det som nevnt vanskelig å forby atferd som er utslag av en rasjonell tilpasning til markedsomstendighetene.

Dette må bety at eliminering av en eksisterende konkurrent, forutsetter en samordning mellom oligopolistene i artikkel 81(1)s forstand, slik tilfellet var i *Cewal* og *TACA*. Årsaken er at et gjensidig avhengighetsforhold ikke er tilstrekkelig i dette henseende. Eliminering av eksisterende konkurrenter tar sikte på å regulere konkrete tilfeller hvor målrettende tiltak er påkrevd, noe som forutsetter en form for kontakt mellom oligopolmedlemmene. I tillegg vil motstående konkurransepress av betydning hindre at oligopolistene kan etablere en parallell atferd i utgangspunktet.²⁹³ Dersom parallell atferd skal resultere i ovennevnte misbruk, må følgelig kollektiv dominans være basert på strukturelle relasjoner i artikkel 81(1)s forstand. Man må dermed falle tilbake på Domstolens opprinnelige lære om "economic links".

Ved siden av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 81(1), har læren om kollektiv dominans følgelig liten selvstendig betydning i disse tilfellene. Læren kan imidlertid være praktisk viktig dersom et samarbeid i utgangspunktet er fritatt fra forbudet i artikkel 81(1), men som senere resulterer i ekskluderende misbruk.²⁹⁴ Eksempelvis i *Cewal*

²⁹² Jones and Sufrin, s 839

²⁹³ *Airtours*, avsnitt 62 og ovenfor avsnitt, 3.6.4

²⁹⁴ Monti, s 131

var linjekonferansen fritatt under Rådets forordning for sjøtransportsektoren.²⁹⁵ Det faktum at noen av Cewals aktiviteter falt under et gruppefritak, utelukket ikke at misbrukskriteriet i artikkel 82 kom til anvendelse ovenfor konferansens atferd.²⁹⁶

Kollektiv dominans basert på oligopolistisk avhengighet kan imidlertid resultere i misbruk i form av begrenset innovasjonsvilje.²⁹⁷ Dette kan sannsynligvis følge utelukkende av gjensidig tilpasning. På den annen side er det problematisk å etablere kollektiv dominans dersom markedet er preget av teknologisk utvikling og innovasjon. Kollektivt dominante foretak vil derfor etter min mening vanskelig kunne gjøre seg skyldig i denne type misbruk, siden markedet mest sannsynlig er modent med hensyn til forskning og utvikling.

4.5 Gjengjeldelsesmisbruk

Uforholdsmessige reaksjoner ovenfor et annet foretak med formål om å begrense aggressiv konkurranse fra dette, kan prinsipielt utgjøre et misbruk i artikkel 82s forstand.²⁹⁸ Dette gjelder utvilsomt dersom slike reaksjoner rettes mot ikke- oligopolister.²⁹⁹ Kollektiv dominans forutsetter som vi har sett en straffemekanisme innad i oligopolet. En kollektiv dominerende stilling er imidlertid ikke forbudt *i seg selv*, noe som vil bety at denne trusselen ikke kan utgjøre et misbruk under artikkel 82. Temple Lang hevder imidlertid at en straffetrussel både kan være et bevis på kollektiv dominans og utgjøre et misbruk i strid med artikkel 82.³⁰⁰ En nærliggende tolkning av dette er at han ikke sikter til straffetrusler ovenfor oligopolmedlemmer, men mot ikke- oligopolister. Etter min mening vil noe annet være uforenlig med prinsippet, om at kollektiv dominans ikke er forbudt *i seg selv*.

²⁹⁵ Rådets forordning (EØF) af 22. desember 1986 om fastsettelse af de nærmere retningslinjer for anvendelse af traktatens artikkel 85 og 86 på sjøtransport.

²⁹⁶ *CMBT*, avsnitt 52

²⁹⁷ Jones and Sufrin, s 839

²⁹⁸ Temple Lang, s 338, med henvisning til bla. *United Brands*, avsnitt 190 flg.

²⁹⁹ Dette var situasjonen i *CMBT*. Medlemmene av linjesamarbeidet fortøyde her et skip ved siden av et ikke-medlem, som tilbød lavere tariffen enn konkurrenten, med formål om å eliminere denne fra markedet. Se *CMBT*, avsnitt 117-120

³⁰⁰ Temple Lang, s 338

4.6 Individuelt misbruk av kollektiv dominans

Et spørsmål i relasjon til læren om kollektiv dominans, er om en kollektiv dominerende stilling kan misbrukes av bare en eller noen av oligopolistene. Problemstillingen kan formuleres som et spørsmål om det må foreligge kollektivt misbruk av kollektiv dominans eller om denne stillingen kan misbrukes individuelt? Førsteinstansretten har besvart dette i *Irish Sugar*;³⁰¹ foretak som har en kollektiv dominerende stilling kan misbruke denne kollektivt eller individuelt.³⁰² Et individuelt misbruk av kollektiv dominans, betyr at den kollektive enheten ikke handler på samme måte hva angår den atferden som utgjør et misbruk.

Den konkrete saken gjaldt vertikal kollektiv dominans, og Retten gir ingen detaljert forklaring på hvorfor den kommer til ovennevnte konklusjon. Whish mener avgjørelsen passer dårlig med vilkåret om at kollektivt dominerende foretak må fremtre som en samlet enhet på markedet. Man skulle tro at dette forutsetter koordinert atferd.³⁰³ På den annen side kan prinsippet være hensiktsmessig, hvor det individuelle misbruket er rettet mot en ny konkurrent på markedet, med formål om å beskytte oligopolet i sin helhet.³⁰⁴ Individuell atferd vil derfor innenfor visse grenser, være forenlig med kollektiv dominans. Så fremt handlingen ikke indikerer at det eksisterer effektiv intern konkurranse mellom oligopolistene, kan de allikevel fremstå som en kollektiv enhet.³⁰⁵

Tradisjonelle misbrukshandlinger, slik som lojalitetsrabatter, diskriminerende priser eller selektive prisreduksjoner, kan imidlertid indikere at det forekommer effektiv priskonkurranse mellom oligopolmedlemmene.³⁰⁶ Selv om artikkel 82 forbyr slik atferd fra

³⁰¹ T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen* [1999] ECR II-2969

³⁰² *Irish Sugar*, avsnitt 66, se tilsvarende Førsteinstansrettens uttalelse i *TACA*, avsnitt 633

³⁰³ Whish, s 529

³⁰⁴ Monti, s 146-149

³⁰⁵ Jfr., avsnitt 3.6.3

³⁰⁶ Jones and Sufrin, s 840 med henvisning til Kommisjonens avgjørelse i *TACA*.

et individuelt dominerende foretak, er det vanskeligere å karakterisere den som et misbruk hvis den er foretatt av en oligopolist innenfor en kollektiv gruppe.³⁰⁷

Konklusjonen i *Irish Sugar* utvider Kommisjonens jurisdiksjon under artikkel 82. Monti påpeker at prinsippet kan anvendes i en rekke horisontale og vertikale tilfeller, eksempelvis der tre foretak er kollektivt dominante, hvorpå et av dem forsøker å ekskludere en fjerde konkurrent fra markedet, for eksempel gjennom rovprising. Atferden er ikke forbudt under artikkel 81(1), men Kommisjonen har nå myndighet til å holde oligopolisten ansvarlig med hjemmel i artikkel 82.³⁰⁸ Det er følgelig ikke nødvendig å straffe de andre oligopolmedlemmene, noe som for øvrig hadde vært urimelig siden de ikke har foretatt seg noe ulovlig.

Irish Sugar fastslår som nevnt at kollektiv dominans kan etableres på grunnlag av en vertikal forbindelse. En ikke- dominerende distributør med tilstrekkelig sterk tilknytning til en dominerende produsent, har følgelig et tilsvarende ansvar for at den ved sin atferd ikke begrenser konkurransen.³⁰⁹ Dersom distributøren eksempelvis forsøker å beskytte sin markedsposisjon, kan han lett gjøre seg skyldig i misbruk.

I praksis vil et individuelt misbruk ofte beskytte den kollektive enhet, fordi denne type misbruk vanligvis vil være ekskluderende fremfor utnyttende. Tilsvarende vil gjelde et individuelt gjengjeldelsesmisbruk, forutsatt at tiltaket rettes mot en ikke- oligopolist for å forhindre aggressiv konkurranse fra denne.³¹⁰ Individuelt utnyttende misbruk av kollektiv dominans er mer begrenset. Dersom en oligopolist utnytter sin markedsdominans ved å innføre mer byrdefulle vilkår eller høyere priser enn det som hadde vært mulig under effektiv konkurranse, vil han miste kunder til de øvrige oligopolmedlemmene. Utnyttende misbruk er derfor bare praktisk hvis oligopolisten vet at de andre tilbyderne vil innføre en tilsvarende atferd, eller dersom han for eksempel har bundet til seg kundene gjennom

³⁰⁷ Jones and Sufrin, s 840

³⁰⁸ Monti, s 143

³⁰⁹ Monti, s 143

³¹⁰ Temple Lang, s 335-336

langtidskontrakter. Dette må være årsaken til at Temple Lang hevder at utnyttende misbruk ikke kan begås individuelt, men forutsetter at alle oligopolistene handler likt.³¹¹

Oligopolistene står ikke alltid i samme stilling på markedet, og følgelig kan en handling utgjøre et misbruk hvis den begås av en større aktør, men være lovlig hvis den begås av et mindre medlem.³¹²

Videre er en individuell atferd ikke nødvendigvis et misbruk, selv om den åpenbart ville ha blitt karakterisert som det, dersom flere oligopolister hadde ført tilsvarende atferd. Temple Lang synes å hevde at den ovennevnte regel ikke innebærer noen god løsning, hvis en lovlig atferd utelukkende blir *ulovlig* fordi de øvrige tilbyderne begynner å handle likt. Han mener reglen vil oppmuntre dominerende oligopolister til å være de første som innfører konkurransebegrensende atferd.³¹³ Årsaken til at dette er løsningen i det konkrete tilfellet, må være at de konkurransebegrensende virkningene av et misbruk kan være mer omfattende når flere aktører opptrer ensartet.

5 Avsluttende betraktninger

Læren om kollektiv dominans har tilført EFs - konkurranserett et redskap i kontrollen med oligopolistiske markedsstrukturer, hvor det ikke foreligger en individuelt dominerende aktør, eller atferd i strid med artikkel 81(1). Aktører som i utgangspunktet ikke besitter markedsrett har dermed blitt pålagt et større ansvar, i samsvar med prinsippet i *Michelin*.

Førsteinstansrettens avgjørelse i *Airtours* er særskilt viktig fordi den avanserer tidligere rettspraksis ved å tilnærme læren om kollektiv dominans til den økonomiske teorien om koordinere virkninger i oligopolmarkeder.³¹⁴ Forutsetningen for at flere foretak skal

³¹¹ Temple Lang, s 271

³¹² Temple Lang, s 336

³¹³ Temple Lang, s 336

³¹⁴ *Airtours*, avsnitt 61 og 62

bedømmes samlet i relasjon til artikkel 82, er at en parallell atferd utelukker effektiv konkurranse mellom oligopolistene. Anvendelsen av vilkårene i *Airtours* i fremtidige saker om oligopolkontroll, vil sannsynligvis være uavhengig av om det eksisterer konkrete relasjoner mellom foretakene.

Dommerne har følgelig skiftet fokus hva angår den økonomiske analysen, fra en statisk vurdering av økonomiske og strukturelle bånd, til en dynamisk betraktning av det interne forholdet mellom foretakene og mekanismene på det relevante markedet.

Det gjenstår imidlertid at EF-domstolen uttrykkelig fastslår at en oligopolitisk markedsstruktur utgjør en tilstrekkelig relasjon for kollektivt dominans også under artikkel 82.³¹⁵ Hittil har ikke EF-domstolen anvendt artikkel 82 på et tilfelle av kollektiv dominans basert utelukkende på oligopolistisk avhengighet. Etter min mening vil derfor samarbeidsformene i artikkel 81(1) fremdeles ha stor betydning i saker om kollektiv dominans under denne bestemmelsen.

Læren om kollektiv dominans er utviklet under artikkel 82. På den annen side har vi sett at *misbrukskriteriet* ikke er en ideell mekanisme for å kontrollere parallell atferd basert på en oligopolistisk markedsstruktur. Kollektiv dominans vil typisk resultere i høye priser og profitter. Som nevnt er det lite sannsynlig at Kommisjonen vil gripe inn i slike tilfeller. Parallell atferd kan hindre nyetableringer, noe som imidlertid forutsetter høye etableringshindringer. Kollektiv dominans som følge av et oligopolistisk avhengighet, kan som nevnt ikke resultere i eliminering av eksisterende konkurrenter. Etter min mening er derfor læren om kollektiv dominans i artikkel 82 ikke spesielt egnet til å forby parallell atferd, hvor foretakene er bundet sammen utelukkende på grunnlag av strukturen i oligopolmarkeder. Synspunktet underbygges av det faktum at Kommisjonen vil ha en tung bevisbyrde dersom den skal straffe atferd som er en følge av rasjonell markedstilpasning.

³¹⁵ Det er som nevnt åpnet for dette *CMBT*, avsnitt 45

Konseptet er mer praktisk i tilfeller hvor en atferd er immun mot artikkel 81(1) fordi samarbeidet er fritatt under 81(3), samt i situasjoner der det foreligger individuelt misbruk av kollektive dominans.³¹⁶

Læren om kollektiv dominans har sannsynligvis størst betydning i *fusjonssaker*. Problemene i relasjon til faktisk parallell atferd, reduseres dersom Kommisjonen forhindrer fusjoner som skaper eller styrker oligopolistiske markedsstrukturer disponert for koordinerte virkninger.

³¹⁶ Jones and Sufrin, s 841

6 Kilder

6.1 Litteratur:

Andersson Andersson, Monica, "Collective Dominance Under the EC Merger Regulation", Publications by the Institute for European Law at Stockholm University, nr 49, 2000.

Bishop and Walker, S. Bishop and M. Walker, "The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement" (2nd edn., Sweet&Maxwell, 2002), 28-9.

Briones (1993), Briones Alonso, Juan F., "Economic Assessment of Oligopolies under the Community Merger control Regulation" (1993) 3 ECLR 118

Briones (1995), Briones Alonso, Juan F, "Oligopolistic Dominance: is there a Common Approach in Different Jurisdictions?" (1995) 16 ECLR 334

Haupt, Haupt Heiko "Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgment" (2002) 9 ECLR 434

Ivaldi m.fl., (mars2003) Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., og Tirole, J., "The Economics of Tacit Collusion", Report for DG Competition, European Commission, March 2003 (IDEI Toulouse). Tilgang:
<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>

Jenny, Temple Lang m.fl., Jenny, Temple Lang m.fl. "Collective Dominance/Oligopoly Behaviour under Articles 81/82 and the EC Merger Regulation" [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 14 (s 375)

Jephcott and Withers, Mark Jephcott and Chris Withers “Where to now in EC Oligopoly Control?” (2001) 8 ECLR 295

Jones and Sufrin, Alison Jones and Brenda Sufrin EC Competition Law, text, cases and materials, Oxford 2004

Monti (2001), Giorgio Monti “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC” [2001] 38 CMLRev 131

Nygren og Nilsson Marie Nygren og Mats Nilsson, ”Førsteinstansrettens dom i Airtours-målet- betyder kollektiv dominans tyst samordning?” Europarettslig tidsskrift (2002), s 539

Sejersted m.fl., Fredrik Sejersted m.fl, EØS-rett, Oslo 2004

Skogly og Kirkesæther, Trond Skogly og Alf I. Kirkesæther, Konkurranserett, Oslo 2000

Stroux, Stroux “Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?” (2000) 23(1) World Competition 3

Temple Lang, John Temple Lang “Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law” [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 12 (s 269)

Whish, Whish, Richard, Competition Law, fifth edition, London 2003

6.2 Traktater og forordninger:

Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25. mars 1957, med senere endringer.

Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS- avtalen)

Rådets forordning (EØF) nr 4056/86 af 22. desember 1986 om fastsettelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikel 85 og 86 på sjøtransport.

Rådets forordning (EØF) nr 4064/89 af 21. desember 1989 om kontrol af foretakskonsentrasjoner, som korrigert i Rådets forordning nr 1310/97.

6.3 EF-domstolen:

ICI Sak 48/69, ICI mot Kommisjonen, ECR 1972 s 619

Continental Can Sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen, ECR 1973 s 215

Suiker Unie Forente saker, 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, ECR 1975 s 1663

United Brands Sak 27/76, United Brands Co og United Brands Continental BV mot Kommisjonen, ECR 1978 s 207

Hoffmann-La Roche Sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, ECR 1979 s 461

CILFIT Sak 283/81, CILFIT m.fl. mot sundhedsministeriet, ECR 1982 s 3415

Michelin Sak 322/81, Michelin mot Kommissjonen, ECR 1983 s 3461

Akzo Sak C-62/86, Akzo mot Kommissjonen, ECR 1991 s I-3359

Wood Pulp Forente saker C-89/85 etc, Ählström Öy mot Kommissjonen, ECR 1993 s I-1307

Hofner and Elser Sak C-41/90 [1991] Hofner and Elser mot Macrotron GmbH ECR I-1979
Almelo Sak C-393/92, Gemeente Almelo mot Energiebedrijf Ijsselmij, ECR 1994 s I-1477

Spediporto Sak C-96/94, Centro Servizi Spediporto Srl mot Spedizioni Marittima del Golfo Srl, ECR 1995 s I-2883

DIP Sak C-140/94, DIP SpA mot Comune di Bassano del Grappa, ECR 1995 s I-3257

Sodemare Sak C-70/95, Sodemare SA mot Lombardia, ECR 1997 s I-3422

Kali und Salz Forente saker C-68/94 og C-30/95, Frankrike mfl. mot Kommissjonen, ECR 1998 s I-1375

CMBT Forente saker C 395-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommissjonen, ECR 2000 s I-1365 113

Irish Sugar Sak C-497/99, Irish Sugar plc mot Kommissjonen, ECR 2001 s I-5333

Wouters Sak C-309/99, Wouters m.fl mot Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten, ECR 2002 s I-1577

6.4 Førsteinstansretten:

SIV (Italian Flat Glass) Forente saker T-68, 77, 78/89, Società Italiana Vetro SpA m.fl mot Kommisjonen, ECR 1992 s II-1403

CMB Forente saker T-24/93 etc, Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen, ECR 1996 s II-1201

Gencor Sak T-102/96, Gencor mot Kommisjonen, ECR 1999 s II-753

Irish Sugar (1999) Sak T-228/97, Irish Sugar mot Kommisjonen, ECR 1999 s II- 2969

Airtours Sak T-342/99, Airtours mot Kommisjonen, ECR 2002 s II 2585

TACA Forente saker T-191, 212-214/98, Atlantic Container Line AV m.fl mot Kommisjonen. Dom av 30. sept. 2003

6.5 Kommisjonen:

Nestlè/Perrier IV/M.0190, Nestle/Perrier [1992]

Cewal IV/32.448 og IV/32.450, Cewal [1993]

Kali+Salz/MdK IV/M.0308, Kali + Salz/MdK/Treuhand [1993]

Port of Rødby OJ [1994] L 55/52 Port of Rødby

Pilkington IV/M 0358, Pilkington Techint/SIV [1994]

Gencor/Lonrho IV/M.0619, Gencor/Lonrho [1996]

Price Waterhouse IV/M.1016, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand [1999]

Trans-Atlantic IV/35.134, Trans-Atlantic Conference Agreement [1999]

Airtours/First Choice IV/M.1524 , Airtours/First Choice [2000]

6.6 Andre dokumenter:

Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, af 30. januar 2004

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Konkurransen mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

